UNINERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

# LE NANTISSEMENT

DU

# Fonds de Commerce

*ÉTUDE HISTORIQUE*

## THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

*Le Mardi 15 Mars 1910, à 4 heures*

PAR

RENÉ DE CORNULIER-LUCINIÈRE
Avocat à la Cour d'Appel d'Angers

*Président :* M. BOURCART, professeur.
*Suffragants* { M. BLONDEL, professeur.
M. RENARD, chargé de cours.

NANTES
IMPRIMERIE DE LA LOIRE
V-J. HÉRON & F. DUPAS
5, Rue de Strasbourg, 5
—
1910

# THÈSE

## POUR LE DOCTORAT

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547223_0008

UNINERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

# LE NANTISSEMENT

DU

# Fonds de Commerce

*ÉTUDE HISTORIQUE*

## THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

*Le Mardi 15 Mars 1910, à 4 heures*

PAR

RENÉ DE CORNULIER-LUCINIÈRE

Avocat à la Cour d'Appel d'Angers

ACAD. LUC BAE. BIBL.

*Président :* M. BOURCART, professeur.

*Suffragants* { M. BLONDEL, professeur.
M. RENARD, chargé de cours.

NANTES

IMPRIMERIE DE LA LOIRE

V-J. HÉRON & F. DUPAS

5, Rue de Strasbourg, 5

—

1910

## FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. BLONDEL, ✻, I ✪.

Doyen honoraire et professeur honoraire : M. LEDERLIN, ✻, I ✪.

MM. BINET, I ✪, Professeur de *Code civil* et Chargé du *Cours d'enregistrement*, doyen.

BLONDEL, ✻, I ✪, Professeur de *Code civil*.

GARNIER, I ✪, Professeur d'*Économie politique* et Chargé du *Cours de Législation financière*.

BEAUCHET, I ✪, Professeur de *Procédure civile*, Chargé du *Cours de Procédure civile* (Voies d'exécution), et Chargé du *Cours de Législation et Économie coloniales*.

BOURCART, ✻, I ✪, Professeur de *Droit commercial* et Chargé d'un *Cours de Droit commercial* (Licence).

GAVET, I ✪, Professeur d'*Histoire du Droit*, Chargé du *Cours d'histoire du droit privé* et du *Cours de droit naturel*.

CHRÉTIEN, I, ✪, Professeur de *Droit international public et privé* et Chargé du *Cours de Droit international public* (Doctorat).

CARRÉ DE MALBERG, I ✪, Professeur de *Droit public et constitutionnel* et Chargé des *Cours de Droit public* (Licence) et de *Droit public et Droit constitutionnel comparé* (Doctorat).

GÉNY, I ✪, Professeur de *Code civil* et Chargé du *Cours de Droit civil approfondi* (Doctorat).

MICHON, A ✪, Professeur de *Droit romain*, et Chargé du *Cours d'histoire du Droit public et du Cours de Pandectes*.

BROCARD, Agrégé et chargé d'un cours d'*Économie politique* et du *Cours d'Histoire des Doctrines économiques*.

ROLLAND, Agrégé et chargé d'un *Cours de Droit administratif* (Licence), d'un *Cours de Droit administratif* (Doctorat) et d'un *Cours d'Éléments de Droit public et administratif* (Capacité).

SENN, Agrégé et chargé d'un *Cours de Droit romain* et d'un *Cours de Législation industrielle* (Licence).

NAST, Chargé d'un *Cours de droit criminel*.

SIMONNET, Chargé d'un *Cours d'éléments de Droit civil* (Capacité).

RENARD, Chargé d'un *Cours d'Éléments de Droit civil* (Capacité).

MELIN, A ✪, Docteur en droit, Chargé du *Cours de science sociale*.

ROVEL, I ✪, Docteur en Droit, Secrétaire.

*La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.*

# EXPLICATION DES ABRÉVIATIONS

| | |
|---|---|
| *D. P.* | Dalloz, recueil périodique. |
| *S.* | Sirey, recueil périodique. |
| C. Cass. | Cour de Cassation. |
| *Cr. C. (R.)* | Arrêt de la Chambre criminelle et de la Cour de Cassation qui casse (ou qui rejette). |
| *Ch. réun. c.* | Arrêt des Chambres réunies de la Cour de Cassation qui casse. |
| *Ch. réun. r.* | Arrêt des Chambres réunies de la Cour de Cassation qui rejette. |
| *Req.* | Arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation. |
| *J. des Trib. C.* | Journal des Tribunaux de commerce. |
| *Ann. de Dr. Com.:* | Annales de Droit commercial français, étranger et international. |
| *Gaz. du Pal.* | Gazette du Palais. |
| *Gaz. des Trib.* | Gazette des Tribunaux. |
| *Rec. Cons. d'Etat.* | Recueil des arrêts du Conseil d'État statuant au contentieux. |
| *Tr. des Conflits.* | Tribunal des Conflits. |
| *V.* | Voir. |
| *Sv.* | Et suivants. |
| *L.* | Loi. |
| *Décr.* | Décret. |
| *Instr. Min.* | Instruction ministérielle. |
| *Décis. min.* | Décision ministérielle. |
| *Circ. min. Fin.* | Circulaire du Ministre des Finances. |
| *Circ. min. int.* | Circulaire du Ministre de l'Intérieur. |
| *Circ. min. just.* | Circulaire du Ministre de la Justice. |
| *Conf. et Comp.* | Comparez. |

*N. B.* — Il arrivera fréquemment que des *controverses* et surtout des *procédures* quoique importantes se trouveront *en note*, pour ne pas surcharger le texte de trop longues explications.

# AVANT-PROPOS

*Lorsque fut votée la loi du 19 mars 1909, bientôt suivie de celle du 2 avril destinée à la modifier ; lorsque se rouvrirent, à l'occasion de ces textes, les discussions déjà anciennes sur le point de savoir si le nantissement des fonds de commerce est ou non une forme d'hypothèque mobilière ; il nous sembla qu'il pourrait être utile, tout en étudiant la loi nouvelle, de jeter un coup d'œil rétrospectif, d'une part sur la législation qu'on abrogeait, d'autre part aussi sur les raisons qui, dans notre ancien droit, avaient motivé la prohibition de l'hypothèque mobilière.*

*De la sorte, estimions-nous alors, il serait plus facile d'éviter, dans la mesure du possible, la monotonie qui s'attache presque infailliblement à l'étude d'un point spécial.*

*Nous inspirant de ces principes directeurs, nous avons présenté, dans une* courte introduction historique, *le bref résumé de tout ce qui concernait* l'hypothèque des meubles, *sans intéresser particulièrement le nantissement des fonds de commerce.*

*Après avoir expliqué, dans une* première partie *ce qu'il faut entendre par nantissement des fonds de commerce ; après avoir rapidement passé en revue les principales théories émises sur la nature juridique du fonds ; nous avons successivement parlé,* dans une seconde, *d'abord des antécédents de la loi du* 1er *mars* 1898, *puis de cette loi elle-même et de la jurisprudence qui vint la compléter.*

*Rien de plus simple et de plus logique dès lors que d'aborder la nouvelle législation de* 1909 *: c'est ce que nous avons fait,* dans une troisième et dernière partie, *en nous efforçant de la comparer à l'ancienne, tout en cherchant à dégager les véritables innovations auxquelles elle a donné le jour.*

*Qu'il s'agisse de la loi de* 1898 *ou de la loi de* 1909, *nous avons scrupuleusement enregistré les revendications des Chambres et des Tribunaux de Commerce que nous avons pu connaître, grâce aux concours aimables et empressés de MM. les Présidents et de MM. les Secrétaires.*

*Nous saisissons, avec plaisir, l'occasion qui se présente, de remercier ici publiquement ceux d'entre eux qui ont bien voulu nous aider dans notre tâche ; c'est à leur intervention autorisée et compétente que nous devons de n'avoir pas écrit une œuvre exclusivement théorique et doctrinale.*

# INTRODUCTION

## De l'Hypothèque et du Gage en général
## De l'Hypothèque Mobilière
## en particulier

# INTRODUCTION

## De l'Hypothèque et du Gage en général De l'Hypothèque Mobilière en particulier

---

### CHAPITRE PREMIER

#### De l'Hypothèque et du Gage en général

Avant d'entreprendre une étude qui doit exclusivement avoir pour objet le gage et l'hypothèque, avant même d'étudier ce qu'on est convenu d'appeler *l'hypothèque mobilière*, il nous semble indispensable de nous entendre, une fois pour toutes, sur le sens des expressions qu'à chaque instant nous rencontrerons au cours de ce travail et qu'il est logique de définir ici.

**1.** La première question qui s'impose est celle de savoir ce qu'on entend par *sûreté* d'une façon générale.

Dans notre droit, la sûreté est la garantie qu'un

créancier se procure pour se mettre à l'abri, dans la mesure du possible, des dangers qu'il peut courir.

Ces dangers qui tous peuvent se grouper sous le titre « *Insolvabilité* » peuvent résulter soit de la négligence du débiteur, qui donne ouverture à l'action oblique de l'article 1166 du Code Civil, soit de sa fraude, que le créancier peut combattre par l'action Paulienne de l'article 1167, soit encore par des aliénations faites de bonne foi, par des dettes nouvelles contractées sans fraude, contre lesquelles l'action Paulienne, l'action oblique sont impuissantes.

Il existe un article 2093, dans notre Code Civil, qui dit que « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers..... » Mais cette disposition ne saurait avoir d'utilité lorsque le passif du débiteur est supérieur à l'actif de ses biens : c'est le cas pour un créancier prévoyant de stipuler une sûreté par le moyen d'un *contrat de garantie* tel que le cautionnement, le gage, l'antichrèse et la constitution d'hypothèque.

Il se trouvera efficacement protégé de la sorte, d'une part contre le danger des aliénations provenant de son débiteur, d'autre part contre le concours des autres créanciers.

**2.** Mais cette garantie, cette sûreté provient pour le créancier soit d'un *tiers* qui s'oblige envers lui à

payer la dette du débiteur, soit d'un ou plusieurs biens du débiteur affectés particulièrement au paiement de cette dette; dans le premier cas il s'agit d'une *sûreté personnelle*, dans le second d'une *sûreté réelle*.

Nous n'avons pas, dans ce bref exposé, à discuter la question de savoir quelle est la plus efficace, de la sûreté personnelle ou de la sûreté réelle ; qu'il nous suffise de constater qu'en pratique les créanciers recourent de préférence aux sûretés réelles et qu'ils ne sont pas en contradiction avec leurs ancêtres qui déclaraient que « mieux vaut gaige en arche (1) que pleige (2) en place ».

Parmi les *contrats de garantie* dont nous parlions tout à l'heure, les uns ont pour but de créer des sûretés réelles, les autres des sûretés personnelles ; ce sont, d'une part le nantissement et l'hypothèque, créateurs de sûretés réelles, d'autre part le cautionnement, unique source de sûretés personnelles avec la solidarité qui en dérive (3).

**3.** Écartant les sûretés personnelles, nous nous trouvons en présence du *nantissement* et de *l'hypothèque* que nous devons définir.

(1) Coffre.

(2) Caution.

(3) On peut soutenir, en effet, que la solidarité est un cautionnement réciproque, mutuel, entre les débiteurs solidaires.

La différence essentielle qui existe entre ces sûretés c'est que dans l'une, le nantissement, le débiteur *remet* une chose à son créancier, tandis que dans l'autre, l'hypothèque, la chose *reste* entre les mains du débiteur.

Cette distinction primordiale résulte, du reste, des articles 2071 et 2114.

L'art. 2071 dispose : « Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette ».

L'art. 2114 ne prescrit point la remise de la chose, il se contente de préciser que « l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation ».

Pour nous, la définition est incomplète et insuffisante.

Elle dit bien que l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles et par là elle montre la différence qu'il y a entre l'hypothèque et le gage proprement dit, mais elle ne dit pas que le débiteur reste en possession des immeubles affectés et en cela elle omet l'une des circonstances importantes de l'hypothèque, l'une de celles notamment qui la font distinguer du contrat d'antichrèse dont , suivant l'expression de Troplong, elle a été le perfectionnement ingénieux (1).

(1) Voir P. Pont. *Privil. et Hypot.*, I., p. 309 ; II, 32.

Ulpien du reste le précise en ces termes dans la loi 9 § II : *De Pigneratitia actione, vel contra* (1) : « Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit : hypothecam, cum non transit, nec possessio, ad creditorem. »

Il faut donc compléter la définition, et nous pouvons adopter celle de Pothier : « L'hypothèque est le droit qu'a le créancier dans la chose d'autrui, de la faire vendre en justice pour, sur le prix, être payé de ce qui lui est dû (2) ».

Toutefois cette définition elle-même est incomplète et pour plus de précision il faudrait y ajouter deux circonstances importantes : l'une, que ce droit de poursuivre et faire vendre, le créancier peut l'exercer en quelques mains qu'il trouve l'immeuble affecté, l'autre, que le payement réclamé sur le prix, le créancier hypothécaire vient l'exiger, sinon à la date, au moins au rang déterminé par l'inscription de sa créance par préférence et avec exclusion (3).

Pour nous résumer et nous expliquer en même temps voici les différents caractères de l'hypothèque :

1°) C'est un droit réel sur un immeuble (art. 2114).

C'est un véritable démembrement de la propriété au profit d'un tiers ; en effet le propriétaire a le droit

(1) *Digestorum lib.*, XIII. Tit. VII, lex. 9, par. 2.

(2) Pothier, introduction au titre XX de la Coutume d'Orléans, n° 1.

(3) V. P. Pont, *loc. et op. cit.*

de jouir, d'user, d'aliéner, de détruire sa chose ; par suite de l'hypothèque qui la grève il n'aura plus le droit d'exercer la jouissance dans toute son étendue (couper une futaie non aménagée, par exemple), il ne pourra plus détruire l'immeuble et, s'il continue à pouvoir l'aliéner, cette faculté se trouvera souvent compliquée par le droit de surenchérir qui appartient au créancier.

C'est parce que l'hypothèque est un droit réel qu'elle donne au créancier un double droit de préférence et de suite.

2°) C'est un droit indivisible qui subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles (art. 2114).

« Hypothèque ne se divise point », avait dit Loysel ; « est tota in toto et tota in qualibet parte », affirmait Dumoulin et l'art. 2114 traduit leur définition.

Il est à remarquer cependant que l'indivisiblité de l'hypothèque n'apparaît point pendant l'indivision, mais bien après le partage, et c'est en vertu de ce principe qu'est écrit l'art. 873 d'après lequel : « les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part et portion virile et hypothécairement pour le tout ».

3°) L'hypothèque, parce qu'elle est un droit réel, engendre un droit de préférence et un drot de suite ; le premier qui porte sur le prix de l'immeuble hypo-

théqué, le second, véritable auxiliaire du droit de préférence, qui permet au créancier de *suivre* son gage entre les mains du tiers détenteur et de réclamer de lui l'extinction complète de la dette.

Il est facile de se rendre compte que l'hypothèque est bien supérieure au gage ; elle ne dessaisit pas le débiteur, mais elle permet au créancier de revendiquer la chose entre les mains du tiers détenteur ; elle confère le droit de préférence sur le prix et le droit de suite ; elle est pour le créancier une garantie incontestable, une sûreté particulièrement certaine sur laquelle il peut compter, sans crainte d'être déçu.

Telle est donc la conception que nous pouvons nous faire aujourd'hui de l'hypothèque : c'est un droit réel, sur un immeuble affecté à l'acquittement d'une obligation, elle est indivisible et engendre un droit de préférence et de suite en faveur du créancier.

## § I.

### *Le Gage et l'Hypothèque en droit romain*

**4.** Le Droit romain primitif ne connaissait pas d'autres droits réels en dehors de la *propriété* et des *servitudes.*

Aussi, lorsqu'un débiteur avait l'intention de créer une sûreté réelle au profit d'un créancier,

devait-il, de toute nécessité, lui transférer la propriété de cette chose. Le créancier, de son côté, s'engageait à la restituer (1) après l'extinction de la dette.

Ce système, très avantageux pour la créancier, était néfaste au débiteur qui se trouvait dépouillé de son bien et ne pouvait par suite en tirer parti ; on y remédia dans la pratique en stipulant que le débiteur garderait sa chose comme *précariste.*

Plus tard, on ne transféra plus au créancier la propriété de la sûreté réelle, on lui en remit la possession qu'il gardait jusqu'à l'extinction de la dette ; mais alors il n'avait plus d'action en revendication en cas de dépossession et ne pouvait plus utiliser que les *interdits possessoires.*

**5.** L'hypothèque, à son tour, entra dans les mœurs ; elle fit acquérir au créancier le droit à la possession en cas de non extinction de l'obligation, elle donna au créancier une *Vindicatio pignoris* contre tous les tiers possesseurs et cette *vindicato* remplaça de façon avantageuse les anciens interdits possessoires (2).

Il est incontestable que cette marche historique de l'hypothèque, dont parle Herzen, n'a pas eu lieu d'une manière aussi nette, aussi transparente ; que

(1) C'était le résultat d'un pacte judiciaire.

(2) Herzen : *Origine de l'hypothèque romaine*, p. 168-198.

ce n'est pas du jour au lendemain que le gage est devenu hypothèque et que surtout l'hypothèque n'a pas à un moment donné supplanté le gage.

Il n'en reste pas moins vrai qu'elle est plus logique que l'emprunt qu'on a voulu en faire à l'ancien droit hellénique sur une similitude de nom ; l'hypothèque existait en Grèce, le préteur l'institua à Rome, mais c'était une véritable évolution qui le poussait à le faire et non une imitation servile de ce qui avait lieu dans les pays de langue grecque.

**6.** L'hypothèque, en droit romain, résultait soit d'une convention (dans ce cas elle pouvait porter sur un bien dont le débiteur n'était point propriétaire et qu'il avait seulement *in bonis*, il suffisait qu'il ait la capacité d'aliéner) ; soit d'un testament ; soit de la loi ; soit de l'autorité du magistrat (ex causa judicati captum) ; dans tous ces cas, elle n'enlevait au constituant ni l'usage de la chose, ni le droit aux fruits, ni la possession : elle conférait au créancier un droit de suite et de préférence.

**7.** Contrairement à notre droit actuel (et cela est important à noter pour nous), l'hypothèque, en droit romain, portait indistinctement sur toutes les choses susceptibles d'être vendues ; qu'il s'agît de meubles ou d'immeubles :

« *Quod emptionem venditionemque recepit, etiam pignorationem recipere potest* (1) ».

**8.** Contrairement encore à notre droit, l'hypothèque était absolument occulte, sa clandestinité fut très préjudiciable au crédit immobilier. Elle était en effet parfaite, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers, par le seul consentement; de telle sorte que cette sûreté pouvait n'offrir que très peu de garanties au cas, par exemple, de mauvaise foi de la part du débiteur.

Pour remédier à l'imperfection de ce système clandestin qui ne donnait connaissance ni des hypothèques antérieures alors existantes, ni de celles privilégiées à venir, le législateur romain recourut aux moyens répressifs en punissant le Stellionat, puis en décidant plus tard (2) que les écrits privés, constitutifs d'hypothèques, ne prévaudraient pas contre les actes publics ou réputés tels ; il n'arriva point à organiser la publicité.

**9.** Enfin la spécialité de l'hypothèque n'était pas de rigueur en droit romain; elle n'est en effet qu'une conséquence de ce prinicipe : qu'il importe aux tiers de savoir exactement sur quels biens porte l'hypothèque.

(1) *Digestorum. lib.*, XX, I, 9, par. 1^er^, Gaius.

(2) Sous l'empereur Léon.

**10.** Malgré tous les progrès réalisés par la force des choses et dictés par les besoins que faisait naître la pratique de cette institution, l'hypothèque romaine demeura fort éloignée de la perfection.

A côté de la clandestinité absolue, vice fondamental du régime hypothécaire, existaient d'autres lacunes que le droit romain fut impuissant à combler.

L'acheteur du bien grevé ignorait l'hypothèque, lorsqu'il achetait au propriétaire, malgré les peines qui, sous l'empire, frappaient le Stellionat.

Il n'y avait pas de vente publique obligatoire, seul moyen d'obtenir un prix raisonnable ; il n'y avait pas de réglementation pour l'époque de la vente, qui pouvait fort bien avoir lieu au moment le plus défavorable et ne produire qu'un prix dérisoire.

Un nombre considérable de perfectionnements restaient encore à accomplir pour faire de l'hypothèque une institution véritablement utile au crédit; nous allons voir en quoi le droit français, ancien et moderne, y a contribué.

## § II.

### *Le Gage et l'Hypothèque en droit français*

**11.** Ce serait incontestablement une erreur que d'envisager l'hypothèque comme existant dans

notre très ancien droit et succédant, en quelque sorte, à l'hypothèque issue du Digeste.

L'hypothèque, nous l'avons dit, est à coup sûr d'origine hellénique, son nom seul suffirait à le démontrer (1); mais, de même qu'elle ne parut dans le droit romain qu'à la suite d'un développement du système primitif des sûretés réelles, elle ne se trouva pas transplantée purement et simplement du droit romain dans notre ancienne France : il fallut une véritable évolution de l'idée de gage avant d'arriver à la *cessio bonorum* puis enfin à l'*obligatio bonorum* qui est, pour ainsi dire, l'embryon de l'hypothèque dans notre droit.

**12.** L'hypothèque, telle qu'elle nous est décrite au Livre XX du Digeste, n'existait vraisemblablement pas en Gaule au moment de l'occupation romaine ; on n'en trouve de traces nulle part, ni dans les formulaires, ni dans les chartes de cette époque : en revanche, il est très souvent parlé du gage qui est d'un usage courant et dont les règles sont puisées dans les Sentences de Paul (2), ces préceptes fondamentaux du droit ancien dont on retrouve d'importants fragments soit dans la « lex Wisigothorum », soit dans le « Vesontinus » (3), soit dans la

(1) υπο τιθημι

(2) Paul, II, 5, de Pignoribus. Girard, *Textes de Droit. romain.*

(3) Manuscrit de Besançon, introuvable aujourd'hui.

« lex Burgundionum », principaux monuments de la législation d'alors.

L'idée de gage, à la fin de la période franque, n'avait pas l'amplitude qu'elle atteint de nos jours ; certes les meubles étaient susceptibles de gage, mais les immeubles (qui pendant fort longtemps avaient été employés comme moyens de crédit, à l'aide de constitutions de gage : impignorationes, ventes à réméré, etc.), grâce à la théorie du fief, qui fait de la terre un bien essentiellement personnel, étaient considérés comme inaliénables, leurs revenus seuls, sous le nom d' « issues » pouvant être donnés en gage : ce fut l'idée maîtresse de la période féodale ; puis, petit à petit, ces principes se relâchèrent et l'idée d'aliénabilité de la terre se fit jour.

Il ne nous est point permis, dans un historique rapide du gage et de l'hypothèque, de nous étendre sur les étapes que suivit le principe de l'aliénabilité immobilière à travers les siècles; qu'il nous suffise de rappeler ici qu'après avoir employé des moyens de contrainte contre les débiteurs, tels que *l'emprisonnement*, les *garnisaires*, on admit l'institution de la *bonorum cessio* par laquelle le débiteur s'engageait, sous la foi du serment, à vendre tous ses biens, meubles et immeubles dans un bref délai (40 jours), quitte à les voir saisir et vendus faute d'agir lui-même et spontanément dans le laps de temps qui lui était accordé.

De la *Bonorum cessio*, où le serment était la formalité indispensable, à *l'obligatio bonorum* (qui existait sous l'Empire romain au profit des débiteurs insolvables) il n'y avait qu'un pas : il fut franchi entre la fin du XIII^e^ siècle et le début du XIV^e^.

Le débiteur donnait par avance au créancier l'autorisation de saisir et vendre ses biens meubles et immeubles, si la dette n'était pas entièrement soldée à l'échéance ; c'était une application du droit de vente, du *jus vendendi*, attaché à l'hypothèque romaine. Cette obligatio bonorum pouvait être ou specialis ou generalis ; la première comprit de fort bonne heure, dès le XVI^e^ siècle, le droit de vente, de suite et de préférence, la seconde ne devint une hypothèque qu'au début du XVII^e^ (1).

**13.** Notons ici qu'à partir du XV^e^ siècle, il fallut de toute nécessité un acte authentique pour constituer une hypothèque.

**14.** Il est intéressant de remarquer quelle fut l'influence, en cette matière, de la distinction fondamentale des biens en meubles et immeubles ; le droit romain avait subi cette distinction, mais elle n'avait eu chez lui que l'importance des caractères

(1) Esmein. *Les contrats dans le très ancien droit français.* M. Michon a son cours sur les *Meubles et immeubles*, Nancy, 1907.

qui différencient les *res se moventes* des *res soli ;* on en avait tenu compte au point de vue des délais de l'usucapion, des formes de la mancipation, de l'application des interdits, etc... Mais elle n'était pas une summa divisio rerum comme elle le devint dans notre droit : on pouvait mettre en gage ou hypothéquer aussi bien les meubles « res se moventes » que les immeubles « res soli » ; sous l'influence de causes diverses, la conception de notre ancien droit fut toute autre en cette matière, ce fut la distinction en meubles et immeubles qui prévalut comme summa divisio : les immeubles seuls, biens véritablement précieux, furent susceptibles d'hypothèque, les meubles ne purent faire l'objet que d'un gage.

**15.** Si l'on joint à ces deux modifications essentielles de l'idée romaine (d'une part la nécessité de l'acte authentique, d'autre part l'exclusion des meubles), ce qui restait de l'anciennne conception des compilations de Justinien, à savoir l'hypothèque générale et occulte, on aura une notion précise de ce qu'était cette sûreté dans notre droit coutumier.

**16.** L'hypothèque clandestine était un véritable danger pour les tiers ; aussi dès 1673 voyons-nous une tentative célèbre de Colbert pour pallier à cet inconvénient ; par suite de *l'édit de mars* de cette année, dans chaque baillage, fut créé un greffe des-

tiné à recueillir les oppositions des divers créanciers, mais la mesure ne dura que quelques mois jusqu'en avril 1674.

Cette institution n'était cependant pas isolée et, d'une part dans les *pays de nantissement*, d'autre part en *Bretagne*, la publicité était pratiquée sur un assez grande échelle.

**17.** D'après l'article 274 de la coutume de Bretagne, *l'appropriement* (1), sans en être précisément le

(1) Définition de l'*Appropriement* et des *Bannies*, par Poullain-Duparc, avocat au Parlement et professeur Roïal en Droit Français des Facultés de Rennes. (Coutumes générales du Païs et duché de Bretagne, Rennes. Guillaume Vatar. M.DGG.XLVI, p. 79, I, II.)

Les mots latins dominii assertio, dont se sert l'auteur, ne répondent pas parfaitement au mot apropriement, non plus qu'aucun autre de la même langue.....

Nous entendons par là, quoi qu'il en soit, la forme par laquelle, en vertu d'un droit civil, mais tiré du droit des gens, le domaine est transféré d'une personne à une autre et devient propre à l'acquéreur. Mais comme il y a diverses manières, diverses causes et titres de tradition, la coutume règle les solennités par lesquelles la propriété est rendue irrévocable en vertu de pareils titres. Si les choses transportées appartenaient certainement à ceux qui en font la tradition, le seul consentement suffirait avec cette tradition. Mais, parce que l'on contracte souvent pour des choses qui appartiennent à autrui, on a établi des solennités qui assurent la propriété comme si l'on avait acquis des véritables propriétaires, afin que l'ignorance des acquéreurs sur la véritable propriété ne leur fût pas nuisible. En ce cas, on procure leur sûreté par les bannies ou par les prescriptions. La différence des unes et des autres, quoiqu'elles opèrent le même effet, est en ce qu'il faut un titre pour l'appropriement par bannies et que les prescriptions, du moins la plupart, s'accomplissent sans titre. L'appropriement n'est donc pas une prescription « *formaliter* », pour user des termes de l'École, parce qu'il n'est point fondé sur le laps de temps et

pendant, avait tout au moins de grands rapports avec les procédés établis par les coutumes de Lille et de Tournay, puisqu'il purgeait toutes les hypothèques, et pourtant la procédure de l'article 269 (1)

qu'il tire toute sa force des trois bannies et de la certification en jugement, le tout précédé d'un titre, d'où résulte le consentement tacite de celui qui avait intérêt ; et la présomption de mauvaise foi est effacée.

Tant d'avertissements publics éteignent jusqu'à l'obligation naturelle ; et il en résulte une présomption de bonne foi qui est juris et de jure . . . . . .

Notre coutume entend ici par *Bannies*, les proclamations publiques qui se font, *inter solemnia sacrorum* du contrat translatif de propriété et des conditions.

Il n'est besoin d'appeler personne en particulier, car cette dénonciation publique avertit tout le monde. Ce mot barbare nous est venu, ainsi que l'on croit, des Italiens, qui l'avaient tiré des Lombards et des anciens Gots ; et on l'a toujours entendu, pour la dénonciation publique d'une chose juste ou défendue.....

(1) Article 269 : On se peut approprier de tout héritage ou autre chose réputée immeuble, soit servitudes ou autres droits réels, par tous contrats et titres reçus de droits et de coutume habiles à tranférer Seigneurie, acquérant lesdits héritages ou droits de celui qui est saisi et actuel possesseur en son nom, par lui et ses auteurs, par an et jour : prenant ledit acquéreur possession actuelle en vertu desdits contrats et titres. Et faisant après ladite possession trois bannies, tant dudit contrat que de la prise de possession par trois dimanches consécutifs sans intervalle, incontinent après l'issue de la grand'messe, en la congrégation du peuple, à haute et intelligible voix, aux lieux accoutumez, en la paroisse ou paroisses, où les choses acquises sont situées. Par lesquelles bannies sera faite expresse déclaration, par quelle cour, soit prochaine ou supérieure, l'acquéreur entend s'approprier ; et faisant ledit acquéreur raporter et certifier lesdites bannies en jugement des prochains plaids généraux subséquens lesdites bannies devant le Juge du lieu où sont lesdites choses situées, par le sergent qui a fait les dites bannies et deux records, ou par devant le Juge supérieur, selon la déclaration portée par lesdites bannies en l'endroit de la menée et obéissance du fief dont les choses sont tenues, si obéissance y a. Laquelle certification de bannies se fera en juge-

fut jugée trop rapide, car elle motiva, l'édit de 1626 dit « des Insinuations à fin d'appropriement », qui modifia d'une façon très sensible la procédure *des appropriances par bannies.*

**18.** Ce fut Louis XIII qui rendit cet édit célèbre, par lequel il ordonna notamment :

1°) Que toute vente, tout échange d'héritages, dont on veut s'approprier, seraient insinués dorénavant dans les greffes spéciaux créés pour la circonstance.

2°) Que l'insinuation aurait lieu avant de pouvoir prendre possession.

3°) Que la première bannie pour l'appropriement ne pourrait être commencée que 6 mois après l'insinuation.

4°) Que l'acquéreur insinuant serait tenu de nommer un procureur auquel *on peut dénoncer les oppositions et plégements.*

5°) Que l'acte d'insinuation serait *banni* par le sergent, avec le contrat et la prise de possession.

6°) Que le greffier prendrait pour son droit « sçavoir pour les contrats au-dessous de 50 livres, vingt sols ; de 50 livres jusqu'à 100 livres, trente-deux sols ; de 100 livres jusqu'à 300, quarante-huit sols ;

ment, huitaine après la dernière bannie pour le moins : et sera ladite huitaine franche, sans compter le jour de dimanche de la dernière bannie, ni le premier jour desdits plaids.

de 300 livres jusqu'à 600 livres, soixante-quatre sols ; de 600 livres jusqu'à 1.000 livres quatre livres seize sols ; de ceux de 1.000 livres jusqu'à 2.000 livres ; six livres huit sols ; de 2.000 livres jusqu'à 3.000, huit livres ; et de tous autres généralement au-dessus de 3.000 livres : douze livres seize sols. »

7°) Que le greffier serait tenu de dresser *des tables*, chaque jour et les présenter à ceux qui l'en requerraient, *païant cinq sols.*

Cet édit fut du reste modifié en ce que les bannies pour l'appropriement purent être commencées après 3 mois du jour de l'insinuation, au lieu de 6 mois (1).

**19.** Dans les pays du nord de la France (Flandre et Pays-Bas), où *l'ensaisinement* s'était perpétué, existait un mode de transfert qui supplanta bientôt cette institution : c'était le *nantissement* d'où le nom de « Pays de Nantissement ».

Le nantissement est un acte de juridiction gracieuse, c'est une mise en possession faite en justice et accompagnée de diverses formalités telles que : présence de témoins, notifications aux intéressés, procès-verbaux au greffe sur un registre ad hoc, qui plus tard, inspireront la loi du 11 Brumaire an VII.

Les parties présentaient un titre authentique, on

(1) Hévin. *Mon Journal du Parlement*, tome II, chapitre dernier.

mentionnait sur le registre les clauses du contrat et de la sorte on avait une forme de transmission de la propriété particulièrement sérieuse et sûre.

Les hypothèques furent donc, elles aussi, mentionnées, en vertu de ces coutumes, sur des registres publics du greffe et de la justice seigneuriale, dans les pays de nantissement ; et ces indications satisfaisaient au double principe de spécialité et de publicité, puisque forcément l'immeuble frappé d'hypothèque devait être individualisé quant à la contenance et quant à ses tenants et aboutissants (1).

**20.** A côté des questions de publicité et de spécialité, il nous paraît difficile de ne pas mentionner, tout au moins dans ses grandes lignes, les étapes de l'idée de « purge » telle que nous la comprenons aujourd'hui.

Dans notre ancien droit avaient survécu des vestiges de cette règle, formulée par Dioclétien, que : « si eo tempore, quo prædium distrahebatur, programmate admoniti creditores, cum præsentes essent jus suum executi non sunt : possunt videri obligationem pignoris amisisse (2) ».

(1) On n'admit pas d'hypothèque générale, sauf peut-être, les hypothèques judiciaires en Picardie, après l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539.

(2) Codicis. Lib. VIII, titre XXVI, par. 6, de *Remissione pignoris*. Ce qui veut dire : Il y a renonciation tacite de la part du créancier qui, ayant connaissance de la saisie, grâce aux affiches qui ont été apposées, n'exerce pas son action hypothécaire.

**21**. D'après ce principe on admettait « que l'adjudication sur saisie, qu'on appelait alors le *décret de justice*, éteignait toutes les hypothèques que les créanciers n'avaient pas fait valoir dans les délais de la procédure.

« A la faveur de leur silence, l'acquéreur se trouvait en sûreté et n'avait pas à craindre de payer son prix au vendeur.

« C'était une sorte de purge, mitigée pourtant par cette autre règle que les aliénations volontaires laissaient subsister l'hypothèque. On ne sait qui imagina d'employer la procédure du décret sans cause réelle, sans autre but que d'arriver à l'extinction des hypothèques ; on ne sait même pas à quelle époque ce procédé commença à être en usage.

« Un créancier complaisant entamait la procédure contre l'acquéreur ; au besoin on créait un titre fictif qu'annulait une contre-lettre, et le décret obtenu de la sorte produisait son effet ordinaire, qui était la libération de l'immeuble.

**22** « On eut ainsi, à côté des *décrets forcés*, résultant des véritables saisies faites par des créanciers sérieux, les *décrets volontaires*, qui étaient un simulacre *de poursuites* et une pure formalité (1).

C'était là l'idée primitive de la purge, mais avec l'inconvénient d'entraîner des frais considérables.

(1) M. Planiol. *Traité de droit civil*, II, 4e édit., 1907.

**23.** Les *décrets volontaires* furent remplacés par les *lettres de ratification* à la suite de l'édit de juin 1771.

« Par cet édit, au lieu de faire un décret volontaire, on prend dans les chancelleries des Parlements des lettres de ratification, lesquelles purgent les hypothèques (1) ».

D'après cette procédure dite des « lettres de ratification » :

1°) L'acquéreur devait présenter le contrat au greffe du ressort dans lequel se trouvait le bien;

2°) Le greffier affichait, pendant un mois, une copie du contrat dans l'auditoire du tribunal.

3°) Si aucun opposant ne se présentait, on délivrait des « lettres de ratification » qui libéraient complètement l'immeuble ;

Au cas d'opposition, on recourait aux offres suivies de mise aux enchères avec surenchère du dixième de la part des opposants.

**24.** Sous la révolution, la loi du 9 messidor an III (27 juin 1795) inaugura un régime qui ne ressemblait en rien à celui du droit romain et qui dérivait des coutumes des pays de nantissement.

C'est cette loi qui, ayant reconnu le principe de la publicité, institue dans chaque district des conser-

(1) Ferrière. *Coutume de Paris, sous l'art.* 347.
Planiol. *Traité de Droit civil,* II, p. 995.

vations hypothécaires munies de registres destinés aux inscriptions ; cette loi aussi qui crée *l'hypothèque sur soi-même* à l'aide des *cédules hypothécaires* qu'on peut mettre en circulation comme une simple lettre de change (1).

**25.** La loi du 11 brumaire an VII (Directoire, 1er novembre 1798) abandonna cette conception originale ; elle admit la publicité et fortifia d'une façon toute particulière la spécialité qui jusque-là n'avait jamais été considérée comme absolument indispensable en matière hypothécaire, qui en tout cas n'avait jamais figuré dans un texte formel.

Ce fut cette loi du 11 brumaire qui prescrivit la transcription des aliénations immobilières et qui fut

(1) V. sur ces points, G. Rondel. *La Mobilisation du sol*, p. 149 et suiv.

*Décr.* du 9 *Mess. an III*, *art.* 36, 37.

Art. 36. — Au nombre des diverses manières de conférer volontairement hypothèque est comprise celle qui accorde à tout propriétaire de biens et droits susceptibles d'hypothèque la faculté de prendre hypothèque sur lui-même pour un temps déterminé qui ne peut excéder dix années ; par la voie de cédules hypothécaires, jusqu'à la concurrence néanmoins des trois quarts de la valeur capitale ou prix vénal de ses biens désignés dans la cédule, y compris le montant des hypothèques dont ils sont déjà grevés. Dans le cas où il use de cette faculté :

1° *Le conservateur* des hypothèques chargé d'en faire la délivrance *est garant de la valeur capitale annoncée par la cédule* (système déplorable) et du montant des créances hypothécaires antérieures ;

2° Cette cédule hypothécaire est transmissible, non point au porteur inommé, mais par la voie de l'endossement à ordre, elle

la dernière étape de l'hypothèque en France avant le système admis par le Code Civil.

forme un titre exécutoire contre le citoyen qui l'a souscrite, au profit de celui à l'ordre duquel elle a été passée ;

3° Il n'y a aucun retour de garantie d'un endossement à l'autre, excepté seulement en cas de faux.

ART. 37. — Les cédules hypothécaires sont délivrées aux requérants dans la forme du modèle ci-annexé :

SOUCHE ORIGINALE

*Cédule de.....*
*Requise le.....*
*L'an..... n°..... f°.....*
*du Registre*
Département d.....
District d.....
Arrondissement de.....
Canton de .....
Commune d.....
*Délivrée le.....*
*L'an..... n°.....*
*f°..... du Registre*
Payable le..... .....
l'an..... souscrite
par.....
âgé de.....
demeurant à .....
propriétaire..... de
biens territoriaux dans
l..... commune de.....
de valeur capitale de...
(*Signature du débiteur.*

(*Signature du conservateur.*)

CÉDULE HYPOTHÉCAIRE

CÉDULE HYPOTHÉCAIRE
de....., livres
Requise le.... l'an.... n°....
f°.... du Registre
Département d..... district
d....., arrondissement
d..... canton d.....
Commune d.....
Délivré le.. l'an ... n°....
f°..... du Registre
Au.. l'an .. préfix, je soussigné... âgé de... demeuran à..... m'oblige de payer à ce domile, sur la valeur de mes biens territoriaux, à l'ordre du citoyen dénommé au dos, la somme de... en monnaie correspondante au marc d'argent fin, valeur reçue de la même manière.
A... ce... l'an... de la République française une et indivisible.
(*Signature du débiteur.*)

Je soussigné... conservateur des hypothèques de l'arrondissement d... au bureau d... certifie sur ma responsabilité, 1° que le.., citoyen.., a souscrit en ma présence la cédule ci-dessus de la somme de... payable le... 2° qu'.. l... est propriétaire dans l... commune.., 3° que ses biens sont cotisés à... de contribution foncière par an ; 4° qu'ils sont de valeur capitale de... suivant sa déclaration foncière de .. 5° que les hypothèques inscrites sur ses biens ayant une date antérieure à la réquisition de la cédule ci-dessus, sont de la somme de... faisant avec la dite cédule celle de...
En sorte que les dits biens offrent une valeur libre de...
A. .. le.... l'an... de la République française.
Inscrit le... au dit lieu, n°... f°... du Registre.
(*Signature du conservateur.*)

Enregistré à.. le.., l'an.. n°... f°... Reçu.
(*Signature du préposé.*)

DOUBLE SOUCHE. (*Même modèle que pour le talon original.*)

CÉDULE HYPOTHÉCAIRE

(*Signature du débiteur et du conservateur*)

(*Signature du débiteur et du conservateur.*)

CÉDULE HYPOTHÉCAIRE

| | |
|---|---|
| Payez à l'ordre d citoyen | Payez à l'ordre d citoyen |
| Payez à l'ordre d citoyen | Payez à l'ordre d citoyen |
| Payez à l'ordre d citoyen | Payez à l'ordre d citoyen |
| Payez à l'ordre d citoyen | Payez à l'ordre d citoyen |
| Payez à l'ordre d citoyen | Payez à l'ordre d citoyen |
| Payez à l'ordre d citoyen | Payez à l'ordre d citoyen |
| Payez à l'ordre d citoyen | Payez à l'ordre d citoyen |
| Payez à l'ordre d citoyen | Payez à l'ordre d citoyen |
| Payez à l'ordre d citoyen | Payez à l'ordre d citoyen |
| Payez à l'ordre d citoyen | Payez à l'ordre d citoyen |
| Payez à l'ordre d citoyen | Payez à l'ordre d citoyen |
| Payez à l'ordre d citoyen | Payez à l'ordre d citoyen |

CÉDULE HYPOTHÉCAIRE

**26.** Le régime hypothécaire, tel qu'il fut institué par le code Napoléon, était loin d'être une conception parfaite et les réformes incessantes qui furent apportées à ces principes, les récriminations de tout genre dont ils sont encore l'objet de nos jours en fournissent la plus indiscutable des preuves.

L'idéal dans un régime hypothécaire quel qu'il soit, sera toujours la spécialisation absolue de la chose hypothéquée et la publicité la plus grande, la plus étendue, donnée à cette constitution.

Or le Code de 1804 posa en principe, que *le consentement seul suffisait pour transférer la propriété ;* il supprima l'insinuation qui, sous le régime de la loi du 11 brumaire an VII s'appliquait seulement aux donations et, par là même, il empêcha le créancier qui stipulait une sûreté réelle de son débiteur de se rendre compte si ce débiteur était réellement propriétaire de l'immeuble hypothéqué (1).

(1) Voici un passage intéressant de l'exposé des motifs du projet de loi sur la transcription en matière hypothécaire, présenté au Corps Législatif par M. Suin, conseiller d'État : « Toutes les nations placées un moment sous notre domination, ou subissant notre influence, avaient adopté le code Napoléon. A peine séparées par les événements de la guerre... elles se sont hâtées, soit sous une forme, soit sous une autre, de rétablir une publicité indispensable à la sûreté des relations civiles. Ainsi le Code Napolitain, celui du Piémont, le Code Bavarois, l'Édit Milanais, la législation Genevoise, celle que la Hollande a adoptée en 1834 ont institué une transcription encore plus étendue que celle de Brumaire an VII. »

(*Moniteur* de 1853 ; annexe au procès-verbal de la séance du Corps Législatif du 11 mai ; annexe K. p. XLIII, voir aussi Troplong, *Privilèges et Hypothèques*, p. 463-4-5.

Il compléta cette œuvre imparfaite, en admettant au profit des mineurs, des femmes mariées, des interdits, une hypothèque à la fois générale et occulte, renonçant donc à la fois pour ce qui la concernait, d'une part à la spécialité, d'autre part à la publicité. Cette législation nouvelle était trop défectueuse pour subsister, elle appelait des réformes.

**27.** Successivement et dans l'ordre chronologique, nous voyons d'abord la modification des délais accordée aux créanciers hypothécaires, pour inscrire l'hypothèque après l'aliénation ; cette modification fut apportée au Code Civil par les articles 834, 835 du Code de procédure, promulgué au mois de mai 1806.

**28.** Le 7 mai 1841, M. Martin, ministre de la Justice, ouvrit une enquête sur l'opportunité d'une réforme hypothécaire ; cette enquête eut lieu devant la Cour de Cassation, on fit appel aux diverses Cours d'Appel, aux Facultés de Droit (1)

Si elle n'aboutit pas, par suite de la Révolution de 1848, elle fut malgré tout le précurseur de cette loi célèbre du 23 mars 1855 qui étendit la transcription aux aliénations, à titre onéreux ou à titre

(1) Deux Cours seulement, celles de Bordeaux et de Toulouse, repoussèrent la réforme proposée ; sur 9 Facultés de droit, 7 demandèrent aussi le rétablissement de la transcription.

gratuit, d'immeubles susceptibles ou non d'hypothèques (1).

**29** Depuis 1855 un *double courant* de remaniements s'est produit dans la législation hypothécaire ; *le premier*, ayant pour but de la modifier, de la perfectionner et produisant des lois telles que celles du 21 mars 1858 sur la procédure d'ordre, du 13 février 1889 sur l'attribution des indemnités d'assurances, du 17 juin 1893 sur les intérêts des créances privilégiées; *le second*, qui tend à faire admettre en

(1) *Le Transfert de la Propriété vis-à-vis des tiers, de l'an VII à* 1855.

| | |
|---|---|
| Avant l'an VII ..... | *Insinuation* opérée sur le registre du Greffe du bailliage pour les *Donations.* |
| Loi du 11 Brumaire an VII | *L'Insinuation* subsiste pour les *Donations.*<br>*La Transcription* est créée :<br>Pour les aliénations entre vifs des immeubles susceptibles d'hypothèque.<br>(Ne sont pas susceptibles d'hypothèque : les servitudes, l'usage, l'habitation.) |
| Code de 1804..... | *Plus d'Insinuation.*<br>*Transcription pour les Donations d'immeubles susceptibles d'hypothèque.*<br>La convention est par elle-même translative de propriété. |
| 23 Mars 1859..... | *La Transcription* est étendue aux aliénations à titre gratuit ou onéreux, susceptibles ou non d'hypothèque. |

France, le principe de l'hypothèque des choses mobilières et dont les diverses étapes ont été marquées par la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime, la loi du 10 juillet 1885 qui l'abroge en la remplaçant, les lois du 1er mars 1898 et du 19 mars 1909 sur le nantissement des fonds de commerce, celles du 18 juillet 1898 et du 30 avril 1906 sur les warrants agricoles ; c'est ce dernier qu'il convient d'étudier ici brièvement.

## CHAPITRE II

### De l'Hypothèque Mobilière

**30.** La première question qui se pose logiquement, après avoir rapidement étudié, comme nous l'avons fait, l'historique de l'hypothèque en droit romain et en droit français, est celle qui consiste à se demander quels sont, dans notre législation actuelle, les biens susceptibles d'hypothèque.

C'est l'article 2118 qui nous répond en déclarant que sont seuls susceptibles d'hypothèque :

1°) Les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles ;

2°) L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée.

Or le texte de l'art. 2118 fait immanquablement songer à un autre article du Code Civil, qui semble calqué sur lui tant il lui ressemble ; nous avons nommé l'art. 2204 dans lequel il est dit que le créancier peut poursuivre l'expropriation :

1°) Des biens immobiliers et de leurs accessoires réputés immeubles appartenant en propriété à son débiteur ;

2°) De l'usufruit appartenant au débiteur sur les biens de même nature.

**31**. Et des rapprochements que nous pouvons faire entre ces deux dispositions de notre Code il résulte clairement que le législateur a considéré comme ne pouvant servir d'assiette à l'hypothèque que les *immeubles susceptibles d'expropriation forcée*, autrement dit ceux qui, d'une façon générale, peuvent être saisis et vendus aux enchères.

Ce rapprochement a une importance évidente ; il explique, en effet, l'impossibilité dont parle l'art. 2118, d'hypothéquer les immeubles qui ne sont pas dans le commerce, c'est-à-dire ceux qui, ne pouvant être ni saisis ni vendus, ne sont pas susceptibles d'être convertis en argent ; il montre aussi très nettement que certains immeubles, tout en étant dans le commerce, ne sont pas susceptibles d'être hypothéqués, parce qu'ils ne sauraient être ni saisis ni vendus aux enchères.

Dans le premier cas rentreraient, par exemple, les biens du domaine public de l'État, du Département, de la Commune ; dans le second, les servitudes, si on vient à les considérer comme détachées du fonds dont elles font partie.

La conclusion s'impose dès lors : c'est que *seuls sont susceptibles d'hypothèque les immeubles qui peuvent être saisis et vendus aux enchères.* C'est la

réponse à la demande que nous formulions à l'instant.

**32** Or, dans cette définition, il n'y a pas de place pour les meubles ; nous sommes donc en droit de conclure que les meubles, dans le système actuel du Droit français, ne sauraient être hypothéqués.

Si de plus nous nous reportons à l'art. 2114, nous y trouvons une idée semblable : à savoir que « l'hypothèque est un droit réel sur les *immeubles* affectés à l'acquittement d'une obligation » ; aucun doute ne nous est donc plus permis et nous avons le droit de nous demander quelle peut bien être la signification et l'utilité de l'art. 2119 du Code Civil, qui pose en principe que « *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* ».

**33.** A première vue, le sens le plus naturel de cette disposition serait, à n'en point douter, que les meubles sont bien susceptibles d'être hypothéqués, mais d'une hypothèque imparfaite ne conférant pas le droit de suite.

L'art. 2119 se trouve en effet placé dans un chapitre (1) qui est intitulé « Des Hypothèques » ; or l'hypothèque, par définition, suppose le droit de préférence et le droit de suite ; dire que « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque » revient à

(1) Chapitre III, du titre XVIII.

déclarer, dans ce système essentiellement simple et logique, que les meubles sont susceptibles d'hypothèque, mais seulement quant au droit de préférence ; il s'agit dès lors d'une hypothèque, mais d'une hypothèque restreinte, d'une hypothèque ayant un caractère qui déroge au droit commun, une nature toute spéciale, toute d'exception.

Affirmer que tel est le sens de l'art. 2119 serait nous rallier au principe admis par certaines coutumes de notre ancienne France, notamment par celle de Normandie qui permettait d'hypothéquer les meubles, à condition de ne point exercer sur eux le droit de suite (art. 593), par celles de Bretagne (art. 231 de la très ancienne coutume) (1), d'Anjou, du Maine, etc.

(1) Chacun sait, en effet, qu'il y a trois coutumes de Bretagne : la très ancinene, l'ancienne, la nouvelle, et que les numéros des articles de ces coutumes ne coïncident presque jamais.

L'article 231 de la très ancienne coutume est le même que l'article 245 que commenta d'Argentré et qui est ainsi libellé : « *Si biens pris par exécution étaient vendus, le premier créancier les pourrait faire arrêter dedans huit jours après la vente d'iceux biens* ». Cet article est inclus au titre XIII : *Des exécutions* de la coutume de Bretagne ( relatif à l'exécution des meubles, grains, fruits, bestiaux et autres choses mobilières)

*L'exécution* était une contrainte qui avait lieu à la suite d'une obligation ou d'un jugement et qui, le plus souvent, consistait dans la saisie et dans la vente des biens du débiteur, à moins qu'elle ne fût même une véritable contrainte par corps suivant la nature de la dette, du sexe, de l'âge, etc. (v. art. 112).

Voici quel est le commentaire de l'article 231, par d'Argentré (ancienne coutume art. 245) : « C'est un axiome du droit français « Meubles n'ont pas de suite ». Ainsi les créanciers ne peuvent plus les saisir quand ils sont sortis des mains du débiteur. Parmi

Ce serait au contraire nous éloigner absolument du sens de la règle dans la coutume de Paris (art. 170), dans la coutume d'Orléans surtout peut-être (art. 447), à propos de laquelle Pothier fait le très intéressant commentaire qui suit (1) :

« Meubles n'ont pas de suite par hypothèque, en manière que celuy des créanciers, qui premier fait diligences par exécution ou arrêt sur les meubles de son débiteur, est à préférer à tous créanciers postérieurs en diligence, supposé qu'ils fussent précédents en hypothèque : sinon qu'il y ait déconfiture ou privilège ».

nous, comme la vente se fait sans bannies pour appeler les prétendants droits et intérêts, on donne huit jours. »

Il nous a paru intéressant de rechercher quelques décisions de jurisprudence touchant cette matière ; citons au hasard l'un des cas rapportés par Poullain-Duparc (professeur de droit à la Faculté de Rennes, 1746), dans ses notes sur la Coutume de Bretagne, t. II, p. 20.

« Un particulier, résidant en Espagne, était detteur à Goulet et Poullain et à Mœvius ; il était aussi dû audit résidant en Espagne par le père d'un particulier, lequel il avait tenu en pension. Ledit résidant en Espagne baille, lettre de change à Mœvius pour se faire payer par le père du pensionnaire. Mœvius le poursuit et le fait condamner par sentence : appel de la part de ce père ; la sentence est confirmée par arrêt. Mœvius en poursuit l'exécution. Goulet et Poullain font faire arrêt entre les mains dudit père, comme detteur de leur detteur. Mœvius s'oppose au dit arrêt et soutient qu'ils n'y sont pas recevables, qu'il y a eu novation tout entière et que meubles n'ont pas de suite, ce qui est ainsi jugé par sentence de Nantes. Appel de la part de Goulet et Poullain ; la cause plaidée et mise au plumitif. — Depuis, par arrêt du 5 janvier 1634, au rapport de M. Denyau, la sentence est réformée. »

(1) Coutumes des duché, bailliage et prévoté d'Orléans et ressort d'iceux, par M. Pothier, conseiller au présidial d'Orléans. Nouvelle édition, M.D.C.C.L XXX.

Suivent les notes suivantes :

1°) Meubles n'ont pas de suite.....

« Cette disposition souffre une espèce d'exception en faveur des Seigneurs d'hôtel, métairie et rentes foncières, par les art. 415 et 416 (1).

2°) « Hors ces cas les meubles, non seulement n'ont pas de suite et ne peuvent être poursuivis contre des tiers lorsqu'ils ont cessé d'appartenir au débiteur, mais ils ne sont pas susceptibles du droit d'hypothèque, si ce n'est du nantissement qui se contracte par la tradition et du gage judiciaire (pignus judiciale), qui s'acquiert par le créancier, par la saisie-exécution ou arrêt qu'il fait des meubles de son débiteur.

Et encore (2) :

« A l'égard des meubles, quoiqu'ils soient susceptibles des trois premières espèces d'hypothèques mentionnées supra (3), ils ne sont pas dans notre

(1) Sur cette exception voir n° 47, parag. 3 de l'*Introduction* au titre XIV, *loc. cit.* où il est dit :

47. — « La seconde voie » (que la coutume accorde aux locateurs des maisons ou des métairies sur les effets qui les garnissent) « est la voie de saisie des effets déplacés que la coutume accorde au locateur par les articles 415 et 416. Cette saisie peut se faire soit que les effets soient encore en la possession du locataire ou fermier, soit qu'ils soient en la possession de tiers acquéreurs, mais pour les saisir dans la maison d'un tiers il faut une permission du juge ; il n'en faut pas pour les saisir en chemin ».

(2) Pothier, *id.*, titre XX, chap. I, sect. 2, parag. 1, n° 21.

(3) Titre XX, chap. I, article préliminaire.

1° L'hypothèque, ou droit de gage, est le droit qu'a un créancier

coutume susceptibles de l'hypothèque proprement dite dont nous traitons ici. »

**34.** En présence de l'article 2114 du Code Civil où il est dit que l'hypothèque est un droit réel sur les « immeubles » ; de l'art. 2118 où le législateur pose en principe que les « immeubles » sont seuls susceptibles d'hypothèques ; nous n'avons point le droit de penser que le rédacteur du Code Civil change d'avis en arrivant à l'art. 2119, lorsqu'il déclare que les « meubles n'ont pas de suite par hypothèque »; il est certain que la formule employée

dans la chose d'autrui de la faire vendre en justice, pour, sur le prix, être payé de ce qui lui est dû ;

2° Il y a dans notre coutume quatre espèces d'hypothèques. La première est celle qu'on appelle *nantissement*, pignus ; qui se forme par la tradition qui est faite de la chose au créancier et qui consiste dans le droit qu'il a de la retenir pour sûreté de sa créance, jusqu'au parfait paiement, et même de la faire vendre s'il n'est pas payé.

La seconde est celle que les *locateurs de maisons ou métairies ou seigneurs de rentes foncières ont dans les choses qui garnissent leurs maisons ou métairies*, dont il a été traité au titre précédent. Elle diffère de la précédente en ce qu'elle se contracte sans tradition : elle lui ressemble en ce que le locateur ou seigneur de rente foncière est censé avoir en quelque façon sous la main les choses qui garnissent sa maison ou métairie, d'où elles ne peuvent être enlevées au préjudice de sa créance.

La troisième espèce est le *gage judiciaire* qu'un créancier acquiert par la saisie-exécution des effets de son débiteur ; elle diffère du nantissement en ce que le créancier ne détient pas lui-même le gage judiciaire : les effets sont sous la main de la justice, plutôt que sous la main particulière du créancier.

La quatrième est l'*hypothèque simplement et proprement dite* qui se contracte sans tradition ni saisie de la chose... c'est de cette dernière hypothèque que nous traitons ici.

est défectueuse, il est incontestable qu'elle dit beaucoup moins dans sa forme que dans son esprit ; il n'en reste pas moins vrai cependant qu'elle ne saurait corriger le sens des art. 2114 et 2118 et que la prohibition d'hypothéquer les meubles existe tacitement dans le Code de 1804, indépendamment même de l'art. 2119.

**35.** D'après ce que nous venons de dire, il résulte que l'adage « meubles n'ont pas de suite » existait dans notre droit coutumier et y avait un double sens : d'une part il signifiait simplement que le créancier hypothécaire n'avait pas le droit de suite sur les meubles (c'était le système des pays de droit écrit, puis de la Bretagne, de l'Anjou, du Maine, de la Normandie) ; d'autre part il refusait aux créanciers à la fois le droit de préférence et le droit de suite, c'est-à-dire l'hypothèque mobilière elle-même ; ces deux sens ont été attribués à nouveau à l'art. 2119 et même on a voulu lui donner une portée tout autre que celle qui pouvait historiquement lui être imputée.

**36.** Des auteurs, tels que Troplong (1), ont prétendu que l'art. 2119, sous le nom d'hypothèque, désignait en même temps les privilèges ; de la sorte ils expliquaient le sens du texte à la façon des pays

(1) Cpr. II, n° 414.

de droit écrit et des coutumes dont nous parlions à l'instant ; d'autres commme Delvincourt (1), Duranton (2), Bignet (3), ont voulu l'appliquer à certaines choses de nature mobilière qui sont hypothéquées comme « accessoires de l'immeuble tant qu'elles sont en la possession du débiteur, mais que le créancier ne peut saisir entre les mains du tiers détenteur , comme les fruits pendants par branches et par racines, les animaux attachés à la culture ; parce qu'ils sont devenus meubles par leur séparation d'avec le fonds (4).

(1) Delvincourt, XIX, nº 280.

(2) Duranton, III, p. 293

(3) Bignet sur Pothier, *Traité de l'Hpothèque*, nº 36 en note.

(4) Or il est certain que le texte et surtout les travaux préparatoires qui lui ont donné naissance ne légitiment en rien une semblable opinion ; du reste en serait-il ainsi que l'article 2119 ne s'en trouverait pas avoir plus de raison d'être pour cela : car, si les immeubles seuls sont susceptibles d'hypothèque, il en résulte que des biens qui, pour un temps, ont été classés parmi les immeubles, ne peuvent plus être soumis à l'hypothèque et partant au droit de suite, lorsqu'ils redeviennent de simples meubles. Si l'article 2119 avait ce sens-là, il signifierait aussi que les immeubles par destination, rendus à leur nature originale de meubles et qui ne sont plus susceptibles du droit de suite, voient au contraire leur droit de préférence subsister puisque seul le droit de suite serait écarté par l'article précité. Ce serait une opinion dénuée de sens juridique et sans aucun fondement, il faut donc l'abandonner quoique des auteurs considérables croient devoir la partager.

D'après nous, le principe est donc que si, par hasard, ces meubles venaient à être vendus, l'hypothèque serait absolument éteinte, dans ses deux conséquences : le droit de préférence et le droit de suite ; mais ce n'est pas un avis unanimement professé dans la doctrine, il faut bien le reconnaître, et la jurisprudence elle-même n'a pas toujours abondé dans notre sens.

C'est ainsi qu'un arrêt rendu à Douai en 1815 (Douai, 3 janv.

**37.** Il est peu probable que le législateur du Code Civil ait eu comme but d'abandonner le sens traditionnel de la règle « meubles n'ont pas de suite », pour adopter une disposition n'ayant aucun rapport avec elle, et le plus simple est encore de s'en tenir à l'interprétation la plus courante, qui adopte dans notre droit la prohibition pure et simple de l'hypothèque mobilière.

Mais alors une question se pose d'elle-même et nous nous devons de la prévoir et d'y répondre : Comment se fait-il, que le Code ne permette pas d'hypothéquer les meubles, tandis qu'au contraire il existe des privilèges mobiliers?

L'objection porterait à faux, car il importe de

1815, S. 16, II, 46) fut confirmé par la Cour de Cassation, mais celle-ci ne motiva point sa décision comme l'avait fait la Cour d'Appel en disant que le droit de préférence continuait à grever les meubles ; elle déclara que, dans l'espèce, les immeubles par destination avaient été détachés et rendus à leur nature de meubles par un curateur à succession vacante, administrateur qui n'avait pas pouvoir pour détruire la première destination. (Cité dans Labori, I, 8. — Cass. 4 fév. 1817 ; Comp., Paris, 29 fév. 1863, S. 36, II, 249.)

D'autres biens encore peuvent être accidentellement mobilisés en dehors des immeubles par destination qui reprennent leur nature originaire; nous voulons parler du cas où l'on détache d'un immeuble par nature certaines de ses parties qui, de suite, deviennent meubles ; bois taillis, fruits, récoltes. Qu'elle soit volontaire ou accidentelle, cette mobilisation sera la conséquence fatale de l'ablation qui aura eu lieu. Du jour où le bien ne sera plus immeuble, il ne sera plus susceptible d'hypothèque, car sans cela le droit de préférence, le droit de suite, s'opposeraient à la libre jouissance du nouveau propriétaire, sans cela il n'y aurait plus d'acheteur.

remarquer que presque tous les privilèges mobiliers (à part celui du bailleur dont nous parlerons plus loin), sont généraux ; « ces droits, dit Laurent (1), donnent une garantie au créancier, en ce sens que, le mobilier qui est grevé se renouvelle sans cesse. Or le principe de spécialité ne permettrait pas d'hypothéquer la généralité des meubles ; et les hypothèques sur certains meubles auraient offert peu de garantie, puisque le créancier n'aurait pas joui du droit de suite. L'hypothèque, sans le droit de suite, eût été dérisoire par la facilité que le débiteur a d'aliéner les choses mobilières ; c'est donc parce que les meubles n'ont pas de suite que le Code Civil et la loi belge n'ont pas admis l'hypothèque des meubles ».

**38.** D'après les principes du Code Civil, le droit de préférence n'est pas lié d'une façon indissoluble au droit de suite, et la preuve en est que le gage peut engendrer, au profit du créancier, le droit de se faire payer par préférence sur le prix ; que le Code, dans les art. 2100, 2102, 2104, 2105 reconnaît un privilège sur les meubles, sans admettre ici le droit de suite, et qu'il donne simplement au créancier privilégié le droit de se faire payer, par préférence, sur le prix de ces meubles, une fois qu'ils ont été vendus.

(1) Laurent. *Droit Civil*, 3e édit., 1878. Civil et Hypot., I, II, p. 171, n° 193 et aussi Baudry-Lacantinerie et de Loynes : *Privilèges et Hypothèques.*

La preuve en est encore dans l'art. 2102 qui permet au bailleur de suivre, pendant un certain délai (15 ou 40 jours suivant qu'il s'agit d'une maison ou d'une ferme), les meubles qui garnissent l'habitation, lorsqu'ils ont été déplacés sans son autorisation expresse ou tout au moins tacite ; c'est ce droit de suite, limité dans le temps et d'une nature spéciale, cette revendication, qui lui permet de conserver sur eux son privilège, malgré l'aliénation consommée.

**39.** Il est indiscutable que rien, dans la nature des meubles, ne s'oppose à ce qu'ils puissent être, comme les immeubles, susceptibles d'hypothèque ; en droit romain, nous l'avons montré, l'hypothèque des meubles était admise ; mais les mêmes motifs qui légitiment l'art. 2279 du Code Civil : « en fait de meubles la possession vaut titre », légitiment aussi l'art. 2119 : « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. »

**40.** Notre ancien droit, et par ancien droit j'entends celui qui est antérieur au xv$^{e}$ siècle, ne connaissait pas l'action en revendication du meuble ; de deux choses l'une en effet, à cette époque : ou bien le propriétaire avait perdu la chose, se l'était fait voler et dans ces cas avait à sa disposition une action pénale ; ou bien il s'en était volontairement

séparé et ne pouvait la réclamer que par l'exercice d'une action exclusivement personnelle, restant sans recours contre un tiers possesseur, même de mauvaise foi ; c'était un effet, sans doute, des traditions germaniques, car le droit romain avait un principe tout différent (1).

**41**. Vers la fin du xv^e^ siècle, *le propriétaire* obtient, peu à peu, la revendication contre le tiers qui n'a pas usucapé le bien et le plus souvent, par conséquent, contre le possesseur de bonne foi qui ne peut justifier du juste titre, faute de preuves écrites ou même orales ; mais il est fort difficile de se mettre d'accord sur la durée de cette usucapion qui, suivant les coutumes, est tantôt de 3 ans, tantôt de 30 (2).

(1) D'après Loysel : « pour simples meubles on ne peut intenter complainte mais en iceux échet aveu et contre aveu » (*Instit. Coutum.*, liv. V, tit. IV, règle 15), cette solution se trouve du reste confirmée par l'ordonnance de 1667 , titre XVIII, art. 2, qui n'accordait la complainte que pour les universalités de meubles.

D'après Pothier (possession n° 108) : « Dans notre droit, notre action de réintégrande étant une branche de l'action de complainte, n'a lieu que pour les immeubles et non pour de simples meubles. Ceux à qui on a ravi des choses meubles ont bien une action, mais ce n'est qu'une action ordinaire. »

(2) Pothier, *De la Prescription*, n° 202. « *La Coutume de Paris*, en l'article 118, par lequel elle établit la prescription de 30 ans, s'exprime ainsi : « si aucun a possédé héritage ou rente, ou autre chose prescriptible ». Ces termes « ou autre chose prescriptible » sont des termes généraux qui comprennent les meubles et les immeubles ; d'où on peut conclure que la coutume de Paris, n'ayant pas de disposition pour une prescription qui soit particulière aux meubles, les a compris, par ces termes généraux, dans

**42.** En dernier lieu, ému par la situation du tiers possesseur de bonne foi, on refuse l'action en revendication intentée contre ce dernier, dans le cas où le propriétaire a remis la chose à un tiers qui, lui-même, s'en est dessaisi à son tour, ce qui fait que le propriétaire ne conserve somme toute la revendication qu'en cas de perte ou de vol : la jurisprudence du Châtelet se prononça dans ce sens, si nous en croyons Bourjon, d'après lequel : « la prescription n'est d'aucune considération ; elle ne peut être d'aucun usage aux meubles, puisque, par rapport à de tels biens, la simple possession produit l'effet d'un titre parfait (1). »

**43.** Pothier constate aussi le principe dans sa Coutume d'Orléans où il déclare que : « notre Coutume ne s'est pas expliquée, sur la prescription à

la prescription de 30 ans et n'a pas voulu qu'ils fussent sujets à aucune autre.

Malgré cela , j'aurais de la peine à croire que la coutume ait voulu n'assujettir les meubles qu'à la prescription d'un temps aussi long que celui de 30 ans. Ce temps étant aussi long et même plus long que n'est la durée de plusieurs des choses meubles, ce serait rendre imprescriptibles plusieurs de ces chosess; d'ailleurs, ces choses étant de nature à passer successivement en un très grand nombre de mains, si la revendication en était admise pendant un aussi long temps, ce serait donner lieu à des procès interminables.

Il faut néanmoins avouer que la question, si la prescription triennale des meubles a lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, est encore problématique. »

(1) *Le Droit coutumier de la France*, 1747, liv. III, titre XXII, chap. v, n° 1.

l'effet d'acquérir les choses mobilières : il n'est pas bien décidé si la prescription de trois ans, avec titre et bonne foi, qui avait lieu par le droit civil, a lieu dans notre droit français. Imbert et Bugnion, anciens praticiens, pensent qu'elle n'y est pas admise. Il est rare qu'il y ait lieu à la question ; *le possesseur d'un meuble en étant parmi nous présumé le propriétaire, sans qu'il soit besoin d'avoir recours à la prescription ;* à moins que celui qui le réclame et s'en prétend propriétaire ne justifiât qu'il en a perdu la possession par quelque accident, comme par un vol qui lui en aurait été fait ; auquel cas il ne pourrait pas y avoir lieu à cette prescription de trois ans qui, aux termes du droit, n'a pas lieu pour les choses furtives (1). »

**44**. La règle qui résuma ces théories « en fait de meubles possesion vaut titre » signifiait donc, d'une façon générale et largement entendue, que celui qui possède de bonne foi ne saurait être exposé à la revendication, du moment qu'il possède.

Or la règle « en fait de meubles la possession vaut titre » qui a été posée, nous l'avons dit, sous l'empire des mêmes nécessités que celle qui affirme que « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque », est une conséquence du principe de la libre circulation des biens.

(1) Introd. au titre XIV, de la coutume d'Orléans. *Des prescriptions*, art. 1, section 1, nº 4.

Bourjon, que nous avions l'occasion de citer, convient qu'*en matière de meubles, la possession vaut titre de propriété ; la sûreté du commerce, dit-il, l'exige ainsi* ; et Portalis prétend, à son tour, « qu'on a fait très sagement d'écarter des affaires de commerce les actions revendicatoires, parce que ces sortes d'affaires roulent sur des objets mobiliers qui circulent rapidement, qui ne laissent aucune trace et dont il serait presque toujours impossible de vérifier et de reconnaître l'identité ».

**45.** C'est donc l'intérêt du commerce, on peut l'affirmer, la liberté des échanges, la libre circulation des biens, qui sont les raisons d'être de la règle « en fait de meubles... » ; ce sont elles encore qui militent en faveur de cet autre adage : « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque ».

**46.** Il est vrai que dans l'ancien droit le principe dont nous parlons était peut-être, en partie, motivé par l'opinion « res mobilis res vilis » qui alors était parfaitement exacte, tandis que de nos jours elle perd à chaque instant de sa valeur ; encore ne faudrait-il par être trop affirmatif, car les avis sur cette matière sont très divisés, témoin ces paroles de Loyseau : « La raison n'est pas celle qu'on allègue vulgairement, que « mobilium vilis est possessio », pour ce que le plus ou le moins ne sont point de

différence en droit (1) » ; si la formule « res mobilis, res vilis » a ici comme ailleurs exercée son influence, il faut reconnaître que d'autres facteurs sont entrés en jeu.

L'hypothèque mobilière du droit romain, accompagnée du droit de suite, eût porté, si elle eût été admise, un coup droit à la règle « en fait de meubles possession vaut titre »; elle eût été une atteinte grave au commerce, « qui serait grandement incommodé et même aboly presque tout à fait, pour ce qu'on ne pourrait pas disposer d'une épingle, d'un grain de bled, sans que l'acheteur en fust évincé par tous les créanciers du vendeur (2) ».

(1) *Des offices*, liv. III, chap. v, n° 23.

(2) Loiseau. *Des Offices*, liv. III, chap. v, n° 23 et suiv.

Cette façon de voir , qui n'est point particulière à Loiseau et qui semble être assez généralisée dans notre ancien droit, se retrouve encore dans les faits suivants.

Nous avons vu que dans l'ancien droit français, c'était une maxime généralement reconnue, que « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque » ; or, la jurisprudence fit exception pour les navires. Ceux-ci, quoique meubles, furent quant aux hypothèques envisagés comme immeubles et l'usage se répandit soit sur les côtes de Bretagne, soit dans les ports et havres de Provence de les considérer comme tels.

Or on s'émut en haut lieu des conséquences de ces décisions, surtout de celles du Parlement de Bordeaux (Cleirac, *Revue Pratique de droit Français*, tome XXXV, 1873); l'édit du mois d'octobre 1666 vint mettre un terme à cet état de choses qui paraissait nuisible à la libre transmission les navires.

L'édit d'octobre 1666 (*Recueil de Néron*, t. II, 80) pose en principe dans son préambule que, « ... le commerce de la mer étant un des plus puissants moyens pour apporter l'abondance pendant la paix et rendre en guerre les forces d'un état plus formidables, nous n'avons rien trouvé de plus digne de nos soins

De plus, et c'est là encore une considération fort importante à envisager, l'hypothèque imparfaite, celle que certains auteurs s'obstinent à voir sous-entendue dans l'article 2119, l'hypothèque munie du droit de préférence, mais dénuée du droit de suite, ne serait qu'un véritable non-sens, quelque chose comme une hérésie juridique.

Pour que l'hypothèque ait une incontestable utilité, il faut, il est nécessaire qu'elle soit accompagnée du droit de suite, qui permette au créancier hypothécaire de revendiquer la chose entre les mains d'un tiers détenteur quel qu'il soit; supprimer le droit de suite, c'est du même coup enlever à l'hypothèque

que de donner notre application pour le rétablir dans toutes les mers qui sont de la dépendance de notre royaume, et d'autant qu'il importe pour la liberté de la navigation que les vaisseaux puissent être négociés, achetés et vendus promptement en toutes sûretés, sans être les acquéreurs assujettis aux longueurs et formalités de la justice, *et que l'un des plus grands obstacles qui se rencontrent à la facilité de ce commerce, procède d'un usage qui s'est abusivement glissé, particulièrement dans les ports et havres de Provence, de considérer par fictions, dans les contrats, les navires et toutes sortes de vaisseaux, au-dessus d'un certain prix, comme immeubles et, en cette qualité, susceptibles d'hypothèques* ; nous avons estimé qu'il était nécessaire de pourvoir au retranchement de cet abus... ».

Il faut noter ici que l'idée qui avait inspiré l'édit de 1666 : la crainte de gêner la transmission des navires par le droit de suite, ne fut pas prise à la lettre dans l'ordonnance et le Code ; l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681 (titre XX, liv. II, art. 2) dispose en effet que les navires, quoique meubles, « demeureront affectés aux dettes du vendeur, jusqu'à ce qu'ils aient fait un voyage en mer, sous le nom et aux risques du nouvel acquéreur, et l'article 3 porte que la vente d'un vaisseau étant au voyage, ne pourra en aucune façon préjudicier aux créanciers du vendeur. »

toute son efficacité et faire de cette sûreté particulièrement utile une garantie illusoire, oiseuse, qu'il serait infiniment plus simple d'anéantir tout à fait.

En résumé donc, l'hypothèque mobilière n'a pas été admise dans notre ancien droit à cause des perturbations qu'elle eût causées dans le commerce, à cause de l'atteinte que son organisation eût portée à la règle « en fait de meubles possession vaut titre, » à cause de l'inutilité d'une hypothèque imparfaite, dépouillée du droit de suite.

Elle a été écartée de notre Code Civil pour les mêmes motifs, auxquels s'est jointe cette donnée plus moderne (1) que la *publicité* est absolument indispensable dans un régime hypothécaire quelconque et qu'elle ne saurait être assurée dans le cas d'un régime hypothécaire mobilier.

Rien, en effet, ne saurait être plus difficile à individualiser, que ces meubles que les Romains désignaient sous le nom de *res moventes* ; ils n'ont pas d'assiette fixe, pas de situation déterminée qui permette d'établir des registres publics ; dans le système du Code, plus que dans tout autre, devait figurer la règle « meubles n'ont pas de suite par hypothèque », mais, comprise dans son sens le plus large, le plus conforme au bon sens et à la tradition.

(1) Ou dont la nécessité apparaît plus aujourd'hui qu'autrefois.

# PREMIÈRE PARTIE

## Du nantissement des Fonds de Commerce en général

# PREMIÈRE PARTIE

## Du Nantissement des Fonds de Commerce en Général

---

### CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

#### L Hypothèque mobilière de nos jours

**47.** Lorsqu'on entend constamment parler de nos jours d'hypothèque mobilière, on peut être tenté de croire, à priori, que l'ancienne règle de notre droit « meubles n'ont pas de suite par hypothèque » traverse une crise aiguë et qu'elle est sur le point de disparaître, par suite de l'importance toujours grandissante de la fortune mobilière.

Il n'en est rien pourtant et malgré les apparences l'art. 2119 du Code Civil garde encore le sens traditionnel que nous lui avons reconnu.

C'est qu'en effet quoi qu'on fasse, quelles que soient les différences qui séparent notre situation économique de celle d'autrefois, les meubles, par leur assiette, essentiellement instables et changeants ne se prêteront jamais, d'une façon générale, comme

les immeubles, à la spécialité et à la publicité, bases primordiales d'un régime hypothécaire.

Sans doute, et nous nous plaisons à le reconnaître, la maxime *res mobilis, res vilis* ne sied plus aujourd'hui comme en 1804, lorsqu'il s'agit de biens meubles ; la fortune mobilière a pris un essor considérable qu'il était difficile de prévoir autrefois ; il n'en reste pas moins vrai pourtant que les circonstances dans lesquelles a été écrit l'art. 2119 n'ont point changé ; elles se sont plutôt aggravées depuis le développement dans notre droit de l'idée de *Publicité*, et plus que jamais, l'hypothèque mobilière, voisinant légalement avec l'hypothèque immobilière, nous semble, quoique défendable en doctrine, une véritable utopie en pratique.

La valeur des meubles ira sans cesse grandissante sous la poussée de nouvelles conditions économiques, sans que jamais, et cela par définition, leur situation juridique devienne plus stable, moins changeante, plus facile à déterminer.

**48.** L'hypothèque mobilière, sous les divers aspects qu'elle présente aujourd'hui, doit être comprise en ce sens qu'elle est une *exception à* la prohibition traditionnelle d'hypothéquer les meubles, exception qui s'applique à certains meubles déterminés, offrant plus que d'autres des garanties de stabilité compatibles avec la publicité.

Le principe que nous posons peut se déduire, du reste, d'un ensemble de faits indéniables et que la pratique nous révèle à chaque instant ; plus le meuble que l'on veut hypothéquer, sous la pression de nécessités diverses, est déterminé, stable, individualisé, plus l'hypothèque mobilière est facile, moins il s'élève de controverses sur les applications qui en résultent, notamment sur la validité, de sa constitution. Le meuble, dans ce cas, remplit les conditions requises pour être susceptible, le cas échéant, de publicité et de spécialité.

Prenons un exemple :

Le navire, quoique meuble, peut être hypothéqué dans notre droit, il a une véritable *individualité* juridique, qui le distingue d'un autre navire, à fortiori d'un autre meuble.

D'une part en effet, il est inscrit sur les registres de la douane de son *port d'attache:* ce qui le spécialise, l'individualise, le domicilie en quelque sorte, ce ce qui lui donne une assiette aussi stable que pourrait l'être celle d'un véritable immeuble.

D'autre part, il ne peut se transmettre qu'après certaines formalités qui portent le nom de *mutation en douane.*

L'hypothèque maritime est rendue publique par l'inscription, sur un registre ad hoc, tenu par les

titulaires des recettes subordonnées (1) dans la circonscription desquels le navire est en construction ou même immatriculé, s'il est pourvu déjà d'un acte de francisation.

Lorsque le navire change de port d'immatricule, le receveur du nouveau port devient compétent par là-même et consigne d'office sur son registre les inscriptions existant encore ; il doit délivrer l'état des inscriptions à quiconque le requiert sans avoir la faculté de juger l'opportunité de la communication (loi du 10 juillet 1885, art. 16).

S'agit-il d'un fonds de commerce au contraire, bien de nature complexe, comme nous le verrons sous peu, constitué à l'aide d'éléments très divers, les difficultés surgissent, soit en doctrine, soit en jurisprudence : il faudra des biais de toute sorte, des raisonnements spécieux, d'interminables discussions pour se mettre d'accord.

Le navire est un meuble qui *s'individualise* facilement, qui est susceptible de publicité et de spécialité ; le fonds de commerce par contre est un meuble qui ne s'individualise que difficilement, qui présente une multitude de variétés, pour lequel il ne saurait y avoir de règles générales et définitives.

**49.** L'hypothèque mobilière, en dernière analyse,

(1) Qui ont remplacé les recettes principales.

est une exception ; c'est une dérogation encore très rare au droit commun en faveur de certains meubles, exception qui toujours a nécessité une réglementation spéciale lorsqu'elle semblait nécessaire et qui laisse absolument intacte l'ancienne règle coutumière que « meubles n'ont pas de suite par hypothèque ».

A côté des lois du 10 décembre 1874, du 10 juillet 1885, qui créent et réglementent l'hypothèque maritime, rendant les navires susceptibles d'un droit de préférence et d'un droit de suite comme de véritables immeubles, d'autres lois ont organisé ce qu'on est convenu d'appeler, pour éviter les erreurs, *le gage sans déplacement ;* dans l'ordre chronologique nous trouvons la loi du 28 juillet 1851, qui organise les banques coloniales et permet à ces établissements de crédit de prêter sur récoltes pendantes ; puis les lois du 1er mars 1898 et du 19 mars 1909, par suite desquelles il est permis de donner un fonds de commerce en gage sans se dessaisir de la possession ; enfin celles du 18 juillet 1898 et du 30 avril 1906 sur les warants agricoles.

**50.** Dans les divers cas dont il s'agit, on a voulu permettre au débiteur d'emprunter sur un bien qui continuera à lui appartenir, dont il pourra user comme il le ferait au cas d'une hypothèque. Il possédera cette chose pour le compte d'un autre, et

cette diminution de valeur de son partimoine se trouvera constatée par un ensemble de mesures destinées à protéger les tiers.

Nous avons fait pressentir il y a un instant que cette façon d'envisager les choses n'allait pas sans de graves inconvénients (au point de vue de la publicité qui protégera les tiers), lorsqu'il s'agissait de droits réels constitués sur des meubles incorporels ; le cas le plus complexe et le plus intéressant se rencontre dans le « nantissement des fonds de commerce » que nous nous sommes proposé d'étudier d'une façon toute particulière.

**51.** Dès les premiers mots, une question se pose, à laquelle nous devons répondre : Comment se fait-il que la loi appelle « nantissement » ce que nous avons nommé « hypothèque mobilière »?

De prime abord il paraît assez logique d'admettre que cette garantie est une hypothèque, car en somme l'une des particularités qui caractérise cette dernière c'est que le débiteur, tout en ne se dessaisissant pas de la chose, en demeure propriétaire vis-à-vis de tous : Or c'est bien le cas du nantissement des fonds de commerce.

On peut ajouter, en outre, que la loi organise pour ce nantissement un système de publicité tout à fait semblable à celui qui régit les hypothèques (1)

(1) Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 2709.

et que par suite rien ne paraît devoir infirmer cette opinion.

Sans doute dira-t-on, mais il ne suffit pas d'affirmer avec M. Planiol (1), que la loi de 1898 a « par une erreur certaine appelé cette hypothèque un nantissement », car enfin, si l'erreur du mot s'expliquerait à la rigueur, il n'en est pas de même de la place qu'occupe le texte au titre *du nantissement* et sous la rubrique *du gage*.

**52.** Quoi qu'il en soit, et sans nous arrêter davantage à cette difficulté, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, il nous paraît plus simple de constater, sans discussion, l'état de choses actuel : à savoir que le nantissement d'un fonds de commerce participe à la fois de la nature du gage et de celle de l'hypothèque.

C'est une hypothèque en ce qu'il organise une sûreté réelle sans dessaisissement et avec publicité; c'est un gage parce qu'il s'applique à des meubles.

**53.** Le but que nous nous proposons en étudiant le nantissement des fonds de commerce n'est pas, cela va sans dire, de prétendre mettre au jour des théories juridiques absolument neuves, d'émettre des opinions inédites, de trancher, de façon définitive, quelques-unes des difficultés véritables dont se

(1) *Loc. cit.*

hérisse à la fois la notion elle-même du fonds de commerce et aussi l'application du nantissement à ces mêmes fonds.

Nous avons l'intention très modeste d'étudier la nouvelle loi de 1909, qui est devenue le Code par excellence de la vente et du nantissement des fonds de commerce ; mais, pour le faire d'une façon logique, nous nous proposons de passer en revue les vicissitudes qu'a traversées, depuis quelques années, l'idée du nantissement. Nous estimons, en effet, que la méthode historique est de beaucoup la plus sûre et la plus satisfaisante en pareille matière ; partant de ce principe, nous l'appliquerons le plus souvent qu'il nous sera possible, en exposant au fur et à mesure, d'après l'ordre des dates, tous les faits que nous jugerons utiles à l'intelligence plus parfaite de notre sujet.

## CHAPITRE PREMIER

### Ce qu'est un Fonds de Commerce

#### I

**54.** Avant même d'adopter une définition satisfaisante de ce qu'on est convenu d'appeler un fonds de commerce, il nous semble indispensable de bien déterminer quels sont les éléments divers qui le composent, comment ils s'analysent, quels sont les liens qui les réunissent les uns aux autres et qui forment un ensemble suffisamment homogène pour qu'on puisse le désigner d'un nom, pour qu'il soit possible de le donner en nantissement.

**55.** La première idée qui vient à l'esprit, lorsqu'on parle de fonds de commerce, c'est à coup sûr ce stock de marchandises qui, alimentant les trafics de chaque jour, constitue de prime-abord, l'élément le plus sérieux, la partie la plus importante de ce fonds (1).

(1) Cette opinion, qui est la nôtre jusqu'à un certain point, est fort critiquée, hâtons-nous de le reconnaître; on peut, en effet,

L'un des actes de commerce les plus fréquents est, sans conteste, l'achat d'une chose pour la revendre et retirer un bénéfice de cette opération : les marchandises qu'on achète pour les revendre constituent l'élément corporel, l'élément physique du fonds de commerce ; ce sont des meubles par excellence, meubles qui se substituent les uns aux autres, au fur et à mesure des besoins de la clientèle.

soutenir que les marchandises sont absolument distinctes du fonds de commerce et les dispositions de la loi du 28 février 1872, « relative aux droits d'enregistrement » semblent militer en faveur de cette solution.

La loi de 1872 dispose en effet : « Les mutations de propriété, à titre onéreux, de fonds de commerce ou de clientèle, sont soumises à un droit d'enregistrement de 2 francs par 100 francs.

« Ce droit est perçu sur le prix de la vente, de l'achalandage, de la cession du droit au bail et des objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds, à la seule exception des marchandises neuves garnissant le fonds. Ces marchandises ne seront assujetties qu'à un droit de 0 fr. 50 par 100 francs, à condition qu'il sera stipulé pour elles un prix particulier et qu'elles seront désignées et estimées article par article, dans le contrat ou dans la déclaration ».

Il arrivait souvent, en effet, dans la pratique, que la vente du fonds de commerce et celle des marchandises se faisaient par actes séparés : c'est à cet usage que fait allusion la loi fiscale ; il n'en est pas moins vrai que, surtout depuis la loi du 1er mars 1898, les marchandises pouvaient être regardées comme faisant partie du fonds de commerce : cela ressortait clairement des travaux préparatoires. (V. rapport au Sénat de M. Thézard, *D. P.*, 1898, IV, 20 ; et Nautet : *Des fonds de commerce* ; Boutaud : *Des fonds de commerce* ; Catalan : *De la Condition juridique des fonds de commerce.*)

La loi récente du 19 mars 1909, pour des raisons d'ordre pratique, a exclu les marchandises des éléments du fonds qui peuvent être donnés en nantissement ; nous aurons à revenir plus tard sur cette disposition.

**56.** Dès qu'on songe aux marchandises, et par une association d'idées fort naturelle, on voit les locaux qui sont aménagés pour les recevoir ; ces locaux, le plus souvent, sont loués par le commerçant qui n'en est que rarement propriétaire, d'où un concept nouveau qui vient s'ajouter à celui qu'on a pu se faire des marchandises : *le droit au bail.*

Il n'est pas indifférent pour le commerçant de voir sa maison située dans tel ou tel quartier, d'avoir à sa disposition tel ou tel bâtiment, d'être assuré que son commerce ne subira point d'atteinte par suite d'un changement de local intempestif : c'est le droit au bail qui donne au fonds de commerce un véritable prix, qui assure au nouveau commerçant (1) une vente régulière, dont le produit sera sensiblement le même que celui des années passées.

**57.** Mais il ne suffit pas à celui qui possède des marchandises dans le but de les vendre d'avoir à sa disposition un magasin bien situé ; il est indispensable que ce magasin se distingue des établissements semblables par une désignation qui soit propre à son propriétaire : c'est ce qu'on appellera le nom commercial.

Il convient de remarquer en passant quelle est la signification profonde du *nom*, dans une entreprise

(1) Successeur d'un précédent.

quelconque de ce genre, bien plus importante, à notre avis, que celle du nom civil.

C'est grâce au *nom* que les marchandises ont une valeur réelle ou fictive plus considérable que telles ou telles autres marchandises de la même catégorie ; il résume en effet toutes les qualités diverses de son propriétaire actuel, qualités qui ont pu se faire apprécier au cours d'une vie entière de probité, de savoir, de bonne gestion, quand elles ne sont pas, comme il arrive si fréquemment, l'héritage précieux de générations entières.

Le nom commercial est une valeur estimable en argent, c'est une parcelle du patrimoine ; il ne faut donc pas s'étonner de le voir figurer parmi les éléments qui constituent le fonds de commerce (1).

Nous pouvons maintenant définir le « nom commercial » ; c'est : la désignation exacte du nom sous lequel un *commerçant* se livre au commerce (2).

**58.** A côté de lui, et comme pour le compléter, existe *l'enseigne* destinée à bien caractériser le

(1) Pour la question du nom commercial, consulter :
Planiol, I ; Mannoury : *Du nom commercial*, Paris 1894 ; Sudre : *Le Droit au nom*, Paris, 1903 ; Charles Reibel : *Du nom commercial*, Paris, 1905.

(2) Il importe de ne pas confondre le nom commercial avec le nom patronymique ; le nom commercial individualise le commerçant, il s'applique plus à l'exploitation qu'au commerçant ; le nom patronymique, au contraire, est un lien qui relie un homme pris en particulier à telle ou telle famille.

*fonds*, à permettre de ne le pas confondre avec les autres : c'est le tableau, l'emblème ou simplement le nom que les commerçants apposent à la façade de leur établissement d'exploitation.

Il a toujours été de principe que l'enseigne est la propriété exclusive de celui qui l'a adoptée le premier et qu'un autre n'a pas le droit de l'imiter : dès 1648 (1) le Parlement de Paris avait jugé dans ce sens (2).

**59.** Avoir un local et des marchandises est généralement indispensable pour trafiquer; mais ce qui fera la prospérité de l'exploitation c'est *la clientèle*, c'est *l'achalandage* qui, sous des noms différends, désignent la même chose (3).

(1) Le 16 août, rapporté dans le *Dictionnaire de législation de* M. E. de Chabrol-Chaméane, avocat à la Cour Royale de Paris, ancien magistrat, Paris, 1853.

(2) Pour être complet il nous faut mentionner aussi le « nom du Fabricant », protégé par la loi du 28 juillet 1824. C'est le nom sous lequel un fabricant est connu dans le monde industriel. Ce nom peut parfaitement être un pseudonyme, d'après l'opinion courante.

Voir dans ce sens Ch. Reibel précité.

En sens contraire, Mayer : *De la concurrence déloyale et de la contrefaçon en matière de noms et de marques*, n° 20, Paris, 1879. Humblet : *Traité des noms, des prénoms et des pseudonymes*, p. 310 et suivantes. Paris-Liège, 1892.

(3) Elle nous semble en effet bien subtile cette opinion qui voudrait distinguer d'une façon absolue *l'achalandage* et la *clientèle* ; d'après elle l'achalandage serait « une chance d'opérations commerciales, une possibilité d'affaires plus ou moins marquée... l'ensemble des relations réelles ou possibles qui peuvent exister entre le fonds et le public : en quelque sorte le coefficient du béné-

Il est incontestable qu'au premier examen la clientèle est un facteur de richesses des plus importants pour un commerce de quelque nature qu'il soit ; la clientèle : c'est l'ensemble des individus, qui ont pris l'habitude; sous l'impulsion de motifs divers, d'adresser leurs commandes à telle ou telle maison de préférence aux autres. Or, si l'on se met facilement d'accord sur ce caractère de l'achalandage, il n'en est pas de même lorsqu'on veut se rendre compte de la possibilité qui existe pour un commerçant de céder sa clientèle comme faisant partie intégrante de son fonds de commerce.

A bien prendre les choses, il y a ici une erreur de langage et souvent même une conception imparfaite de ce qu'est exactement la clientèle ; celle-ci est inaliénable, car elle est essentiellement libre de se mouvoir comme bon lui semble, de fréquenter telle ou telle maison et de l'abandonner tour à tour; composée d'individus qui, du jour au lendemain, peuvent disparaître, pour faire partie d'une autre clientèle, sans avoir de comptes à rendre à qui que ce soit, la clientèle, pour nous, est plutôt

fice commercial que représente l'exploitation de l'entreprise (Gombaux : *Notion juridique des fonds de commerce*) ; la clientèle constituerait au contraire l'élément actuel et certain, par opposition à l'élément problématique qui serait l'achalandage. (Voir dans notre sens Pierre Bayart : *Étude de la notion du fonds de commerce*, p. 14, en note. Paris, 1906. En sens contraire, Montier : *Des nantissements de fonds de commerce*, nº 45.)

une qualité du fonds qu'un véritable élément de ce fonds (1).

Mais alors que peut bien vouloir dire l'expression « céder sa clientèle »?. Voici quelle est notre opinion en cette délicate matière : Chacun sait, par l'expérience journalière, par ce qu'il peut constater lui-même à chaque instant, quelle est la puissance toujours grandissante de la réclame ; par des impressions vives, répétées sous des formes diverses, on tâche de faire pénétrer dans les masses le nom d'une marque, d'un produit ou bien on cherche à convaincre la foule par des arguments décisifs, de savantes et concluantes démonstrations.

Ces annonces, ces réclames seront prodiguées aux meilleurs emplacements dans les journaux et les magazines ; sur les murs, les toits, les routes ; le long des voies ferrées ; sur les programmes, eux-mêmes, les cartes d'entrée, les objets les plus divers et qui sembleraient devoir se prêter le moins à la publicité.

Elles se présenteront au vulgaire sous l'aspect d'images alléchantes où la théorie psychologique de l'association des idées jouera un rôle des plus considérables et des plus étonnants : le cordonnier pren-

(1) Voir dans ce sens :
M. Jules Valéry, professeur de droit commercial à l'Université de Montpellier : *Annales de droit commercial français étranger et international*, 1902, nos 5 et 6.

dra un soulier comme motif ; le boucher, une tête de bœuf ou de bélier ; le coutellier, un rasoir ou des ciseaux ; l'arquebusier, un gigantesque Lefaucheux, etc.

Il y aura encore le système des dessins qui représentent les effets du bon remède, du parfait instrument : on y verra, d'un côté, le pauvre goutteux étendu sur un lit de douleurs, de l'autre, le même homme absolument ingambe, foulant aux pieds ses béquilles et désignant d'un air convaincu la cause de sa guérison.

Ce qui échappe d'ordinaire au simple acheteur, c'est la somme, parfois colossale, qu'il faut dépenser chaque année pour l'attirer et vaincre la concurrence aujourd'hui si redoutable : si l'on veut se faire une légère idée des prix auxquels peut atteindre la publicité, dans certains journaux, qu'on lise les détails suivants : dans le *Record*, grand quotidien de Philadelphie, une page entière d'annonces se paie 500.000 francs, la maison *Wanamaker* paye, au même titre, 300.000 francs à la *Press*, autant au *Ledger*, 375.000 francs au *Nord American*, 350.000 francs au *Times* et à l'*Evening Télégraph*. Une page entière dans un numéro du *Ladies Home Journal*, vaut 20.000 francs, etc. (1).

(1) Ces détails sont tirés d'une remarquable série d'articles publiés dans le journal *L'Eclair* sous le titre *La Publicité* et signés J. Arren, 1909.

Sans doute en France, où la publicité pourtant augmente de plus en plus, on n'en est point arrivé encore à ces extrêmes-là ; mais que de frais entraîne encore l'annonce la plus modeste, qui ne peut être efficace qu'à force de répétitions et de variété !

C'est d'après la réclame qu'il faut donc, en grande partie, apprécier la valeur vénale d'une clientèle ; c'est cet ensemble de moyens, mis en œuvre par le commerçant pour augmenter son achalandage, qui peut facilement être évalué en argent ; c'est le prix de la réclame qu'il a dû faire pour former un noyau d'acheteurs fidèles; c'est aussi le prix des fatigues que lui a causées le choix et la conservation d'un personnel poli et prévenant.

Voilà donc, d'une façon générale, ce qu'on peut entendre par fonds de commerce.

**60.** A ces éléments essentiels viennent s'ajouter des facteurs secondaires qui donnent une valeur plus grande au fonds et qui, à ce titre, en font également partie. Je m'explique.

Un fonds de commerce sans marchandises ne se conçoit guère (1) ; un fonds de commerce avec marchandises mais sans locaux, semble une utopie ; un fonds de commerce avec marchandises, locaux pour

(1) Il y a bien entendu des exceptions, mais encore une fois nous discutons sur des données générales.

les contenir, mais dénué de clientèle et de nom commercial, est bien un fonds, mais ne saurait avoir qu'une valeur très inférieure et toute matérielle : il nous paraît nécessaire pour que le fonds de commerce type soit absolument complet, qu'il comprenne généralement : des marchandises, un local, une clientèle et un nom commercial ; le mobilier, d'une part, qui est utile à l'exploitation du fonds ; les brevets d'invention, modèles et marques de fabrique, médailles, etc., qui donnent au commerçant le droit exclusif de fabrication, qui préviennent dans une certaine mesure la contrefaçon, qui sont, par suite, une précieuse garantie pour le public, nous semblent être des parties accessoires du fonds de commerce : elles en font partie, mais on le conçoit néanmoins sans elles

**61.** Nous nous plaçons ici, répétons-le, au seul point de vue de la théorie pure, car en pratique, rien n'est changeant et divers comme un fonds de commerce : il y en a qui n'ont pas de nom commercial; d'autres ne comprennent pas de marchandises (agents d'affaires); certains ne supposent pas de droit au bail parce que ce sont les propriétaires des locaux même qui les exploitent.

Il est donc assez difficile de se faire une idée bien exacte de ce qu'on appelle un fonds de commerce tant les divers éléments qui le composent sont dis-

parates ; tantôt nécessaires, tantôt superflus ou seulement accessoires, les uns corporels, les autres incorporels, ces biens forment un ensemble, un total par le fait de leur juxtaposition, mais en lui-même cet ensemble n'a rien d'homogène ; entre les divers éléments il n'y a pas de lien nécessaire et immuable ; nous allons nous demander, dans le paragraphe suivant, s'il est indispensable d'individualiser, de personnifier le fonds de commerce ; la tâche nous sera grandement facilitée par l'analyse succinte que nous venons de faire (1).

## II

**62.** Le fonds de commerce, nous venons de le voir, est composé d'un nombre assez considérable d'éléments de nature différente et ne présentant entre eux aucun lien nécessaire qui permette de les rattacher les uns aux autres.

Tont ce que l'on peut dire, après avoir étudié

(1) L'un des plus grands défauts de la loi de 1898 a été, nous le verrons, de passer absolument sous silence ce qui a trait à la nature, à la composition du fonds de commerce.

La loi de 1909, plus détaillée, plus pratique, a remédié à ce déplorable état de choses signalé par la plupart des Chambres de Commerce françaises dans leurs délibérations sur le nantissement. (Voir notamment à ce sujet le vœu émis par la Chambre de Commerce de Lille, dans la séance du 28 avril 1899.)

les diverses parties du fonds, c'est que chacune d'elles joue un rôle plus ou moins considérable dans cet ensemble qu'est le fonds de commerce et contribue, dans une certaine mesure, à son existence, à sa prospérité, à sa valeur.

Enlevez tous ces éléments à la fois, il ne reste rien ; supprimez-en quelques-uns, le fonds de commerce subsistera tout de même, dans la plupart des cas (1). Entre les biens qui entrent en ligne de compte il n'y a qu'un rapport : l'unité de destination, l'unité de but, c'est-à-dire la création, l'existence permanente du fonds.

**63.** A cet ensemble de biens, ayant tous une même destination, un même but, une même fin, il n'y a guère qu'une seule nature juridique qui puisse convenir (2), c'est l'*Universalité*, mais comme à coup

(1) Dans ce sens, G. Lèbre : *Traité théorique et pratique des Fonds de commerce*, p. 1, qui dit : « Un fonds de commerce est une universalité de fait, formée par l'ensemble des éléments qui constituent un établissement commercial. Les principaux de ces éléments sont : 1°) l'achalandage ; 2°) l'enseigne ; 3°) le matériel garnissant les lieux et les marchandises en magasin ; 4°) le droit au bail des lieux où s'exploite ledit fonds de commerce..... En pratique, ces éléments sont le plus souvent réunis et contribuent par leur réunion à former le fonds de commerce ; mais ils sont indépendants les uns des autres et le fonds de commerce peut exister avec quelques-uns d'entre eux seulement : ainsi on conçoit un fonds sans matériel ni marchandises, sans enseigne ou sans droit au bail. »

(2) A condition toutefois qu'on admette l'importance prépondérante de l' « Achalandage » et que l'on étende au fonds de commerce tout entier les caractères de cet élément primordial.

sur le fonds de commerce ne constitue pas une *unité abstraite* comme l'est par exemple le patrimoine (1), qu'en l'absence des éléments qui le composent rien ne subsiste plus il s'agit évidemment de cette universalité de fait que les anciens opposaient à l'universalité de droit (1).

Le fonds de commerce, posons-le donc en principe, est une universalité, mais une universalité de fait, ce qui a pour conséquence de conserver à chacun des éléments qui le composent sa propre individualité : il faudra autant d'opérations distinctes, pour donner le fonds en nantissement, qu'il y a de parties et les créances comme les dettes ne sauraient être comprises dans cette notion de fonds de commerce, à moins de stipulation expresse et contraire.

Telle est notre opinion sur la nature juridique du fonds ; mais les avis sont très partagés en la matière et des esprits fort sérieux ont soutenu qu'il s'agissait ici d'une universalité de droit, d'un *universum jus* pour parler le langage d'école, qui comprendrait également l'actif et le passif (2) : c'est l'avis de la jurisprudence, mais imposé en quelque sorte par le désir de simplifier les choses et d'éviter la complication

(1) Planiol : *Traité élémentaire de Droit civil*, II, n° 2173, p. 682, et n° 2149, p. 672.

(2) Valéry : *Contrats par correspondance*, n° 263.
Proud'hon : *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation*, II, n° 1850.

qu'entraînerait fatalement, dans la pratique, le système que nous adoptons.

Remarquons du reste, qu'en l'absence d'un texte législatif certain et précis, on ne saurait prétendre que le fonds de commerce soit une véritable universalité de droit (1).

(1) Il nous semble inadmissible qu'on puisse soutenir que le fonds de commerce est une universalité distincte des éléments qui la composent (universalité de droit) : si ce bien est *composé* il ne saurait exister sans les éléments qui entrent dans sa formation !

Nous nous plaçons ici bien entendu au point de vue de la discussion basée sur la raison pure en faisant abstraction des *nécessités* et des *commodités* que pourrait suggérer la pratique.

Tous les biens qui composent le fonds *sont affectés* au commerce ; ils ont le même but et la même destination ; c'est là ce qu'on peut appeler leur *lien commun*. Mais ils ne perdent pas leur autonomie, ils restent distincts les uns des autres et le fonds n'est que leur *somme* à laquelle on donne un *nom*.

Il est certain que nous éprouvons une tendance plus ou moins marquée à découvrir dans le fonds quelque chose qui dépasse ses parties constitutives, de même qu'il nous est souvent difficile de nous figurer une Société non distincte de ses membres (v. sur ce point, Barbier : *De la notion en nantissement des fonds de commerce*, p. 14). Cela provient peut-être de ce fait qu'un fonds de commerce vendu en bloc a une valeur très supérieure à celle de ses éléments vendus en détail pour ce motif simplement que, par suite de leur juxtaposition, la valeur des éléments se trouve considérablement accrue.

Et qu'on ne vienne pas nous objecter les décisions de la jurisprudence :

Cass., 13 décembre 1842, Sir. 43, 1, 22.
13 mars 1885, *D. P.* 88, 1, 351.
Aix, 12 mars 1878, S. 78, 2, 265.
Bordeaux, 28 octobre 1896, *J. Trib. de com.*, 1897, p. 794.
Caen, 29 juin 1901, *J. Trib. de com.*, 1903, p. 700.
Nancy, 21 mars 1902, D. P. 1903, II, 169, etc...
affirmant en bien des cas l'universalité juridique du fonds de commerce !

C'était là une manière commode de dire que les valeurs qui

**64.** Si d'après nous le fonds de commerce ne constitue pas un « Universum jus », il ne saurait être non plus une personne morale, *contrairement à ce qu'on pourrait penser* (1). Il est vrai qu'il existe une séparation véritable, une différence très grande, entre les éléments du patrimoine qu'un négociant affecte au commerce et ceux qui composent sa propre fortune; c'est ce qui porterait à faire croire que le fonds de commerce est une personne morale ayant un domicile particulier attributif de juridiction, ayant un patrimoine spécial, distinct de celui des autres exploitations d'un même commerçant.

**65.** Plusieurs des conséquences de cette conception ont été admises du reste par le Code allemand

composent le fonds de commerce forment une entité ayant des caractères distincts de ceux qui peuvent avoir les éléments pris individuellement et capables par conséquent d'être l'objet d'actes juridiques s'appliquant au tout sans qu'il soit indispensable d'observer les règles spéciales régissant diverses parties du fonds.

On déclarait, dans le même esprit, que le fonds de commerce est un bien mobilier (même lorsqu'il comprend des immeubles) et qu'il est incorporel (lorsque les éléments incorporels sont prépondérants).

En revanche, la jurisprudence considérait presque unanimement que l'actif et le passif ne faisaient point partie intégrante du fonds et répudiait donc sur ce point sa propre théorie. On pourrait expliquer de la même façon l'attribution du caractère d'universalité juridique au fonds de commerce par les auteurs de la loi de 1898.

(En ce sens : Chabrol : *Du nantissement des fonds de commerce*, p. 30 et s. v.).

Voir encore sur le fonds de commerce : *Universalité juridique*, p. 53 et suiv.

(1) Voir p. 51 et suiv.

de 1897 (1) contrairement à ce qui a lieu dans notre législation où il est de principe que « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur *tous ses biens* mobiliers et immobiliers, présents et à venir (2) ».

Dans la conception allemande, le fonds de commerce, véritable sujet de droit, véritable personne morale, devient « un être indépendant de la personne de son chef « (3) ; ou bien encore, suivant un autre système, le patrimoine spécialement affecté au commerce, le *Handelsvermœgen*, se distingue absolument des autres biens par le but (*Zweckvermœgen*) auquel tendent les biens qui le composent ; d'après cette opinion il ne saurait être une personne morale. Le commerçant engagera par ses dettes d'abord son patrimoine commercial puis, s'il est insuffisant, son fonds de commerce et son patrimoine privé (4).

(1) Art. 25, 26, 27.

(2) Art. 2092, C. civ.

(3) Catalan : *Condition juridique des fonds de commerce*, p. 24. M. Jules Valéry, *op. et loc. cit.*, dénonce d'une façon très claire les vices de ce système en distinguant d'une part ce qu'on appelle la *Maison de commerce*, c'est-à-dire *l'élément personnel* de l'établissement commercial, du *fonds de commerce*, *élément réel*. Il ajoute pour conclure : « Restreinte à l'élément personnel, à la *Maison de commerce*, leur théorie serait vraie et mériterait d'être signalée comme constituant un progrès sérieux dans la science du droit commercial ; étendue au « fonds de commerce », elle se heurte à la réalité des faits. »

(4) A propos de ce deuxième système, M. Valéry dit encore : « C'est là, ou peu s'en faut, la conception que nous nous faisons

Aucun des deux systèmes dont nous venons de parler n'a prévalu dans le Code allemeand du 10 mai 1897, qui s'est contenté, dans ses art. 25, 26, 27, de reproduire, en les rajeunissant, un certain nombre de règles usuelles du droit coutumier (1).

**66.** Le fonds de commerce, nous venons de le voir, forme un bloc, un tout, une universalité d'une nature spéciale, composée d'objets mobiliers tantôt corporels tantôt incorporels, le plus souvent à la fois corporels et incorporels ; ce sera par suite une question très délicate que de savoir, dans telle ou telle espèce, quel est le caractère corporel ou incorporel du fonds considéré comme « Universalité ».

Quelle doit être la règle à suivre pour déterminer dans chaque cas concret si le fonds doit être corporel ou incorporel, faudra-t-il évaluer, par exemple, à

du fonds de commerce. » Mais, pour admettre ainsi l'existence d'un patrimoine spécial, il faut supposer aussi l'existence d'une personne qui en soit le titulaire.

Si l'on considère avec nous, comme remplissant ce rôle, la maison de commerce, cette objection s'évanouit ; si, au contraire, on s'obstine à ne voir dans l'établissement commercial que les valeurs qui y entrent, il n'est pas possible de comprendre comment il peut vivre et agir ».

Voir sur ces points :

Bekker : *Zweckvermœgeu, Handelsvermœgen und Ackticge-sellchaften*, T. XXIV, p. 108.

Kruchmann : *Beitrage zur Erlaüterung des Deutschen Rechts.*

(1) On pourra s'en rendre compte en lisant ces articles dans la *traduction du Code allemand*, par M. Gaudeuret, p. 533 et suiv.

prix d'argent, deux éléments, l'un corporel, l'autre incorporel, sensiblement équivalents ? On l'a soutenu.

On a prétendu que le juge avait plein pouvoir pour apprécier quel était dans telle ou telle hypothèse, l'élément dominant d'un fonds : de là toutes les discussions qui s'élevèrent et dont nous aurons à parler bientôt, le jour où l'on crut comprendre dans l'arrêt célèbre de la Cour de Cassation du 13 mars 1888 que « la partie essentielle d'un fonds de commerce *de cette nature* est l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail ; que ce sont principalement ces éléments qui le constituent et que le mobilier proprement dit n'est qu'un instrument de son exploitation (1). »

**67.** Nous nous sommes mis d'accord sur un point : c'est que le fonds de commerce est un *meuble* puisqu'il se compose de choses mobilières ; or, dans le texte précité, on voit apparaître une idée nouvelle : c'est que le fonds de commerce est un meuble *incor-*

(1) La question ne fut du reste pas définitivement tranchée par cet arrêt, comme nous le verrons dans la suite ; contentons-nous de citer ici cette décision typique de 1898 :

« Lorsqu'un fonds de commerce est donné en nantissement et que des *meubles corporels constituent la plus grande partie de ce fonds, le gage est alors corporel* et, pour être valable à l'encontre des tiers, il faut un dessaisissement effectif du débiteur ». (Paris, 2 nov. 1898, *Journal des Trib. de commerce*, p. 413, n° 14465, année 1899.)

*porel* dans tous les cas (1). Il faut expliquer ce fait.

A notre avis, ce qui frappe le plus lorsque l'on considère un fonds de commerce c'est, nous l'avons dit, le stock de marchandises qui est enfermé dans un bâtiment et que l'on destine à la vente. Mais, il faut bien l'avouer, c'est là une conception toute rudimentaire, toute à priori, car, par suite même des quelques réflexions qu'il nous a été donné de faire jusqu'ici, nous avons pu nous rendre compte qu'à côté des marchandises il y avait, dans la grande majorité des cas, un élément supérieur, prédominant, sans lequel les marchandises, fussent-elles de la meilleure qualité, n'auraient aucun débouché et n'apporteraient dès lors que peu de valeur nouvelle au fonds : cette partie prépondérante, c'est la clientèle (2).

Cette clientèle a une valeur réelle, une valeur vénale estimable en argent, une valeur très considérable et qui entre, pour une large part, dans la valeur générale du fonds lui-même.

Si l'on remarque que le nom commercial, l'enseigne, les marques de fabrique, n'ont de valeur que par suite du plus ou moins grand nombre de clients qui s'approvisionnent aux stocks de marchandises;

(1) Nous admettons ici l'interprétation commune au sujet de laquelle nous formulons des réserves puisque la Cour de Cassation a soin de dire « un fonds de commerce de *cette nature* ».

(2) Nous avons déjà eu l'occasion de faire ressortir l'importance de cet élément, p. 33 et suiv.

que tous les éléments, y compris le droit au bail, sont incorporels; qu'ils dépendent tous d'une façon très directe de l'achalandage qui lui-même est un droit incorporel; si l'on remarque tout cela, disons-nous, on comprendra sans trop de difficultés, qu'un fonds de commerce, eu égard à tous les éléments incorporels qu'il renferme, soit lui-même un bien incorporel.

Sans doute un cas pourra se produire notamment où l'élément mobilier corporel (marchandises et matériel) sera supérieur en valeur à l'élément incorporel; c'est celui où, le fonds venant d'être créé, la clientèle n'existe encore qu'à l'état d'espérances, où par conséquent le nom commercial, l'enseigne, les marques de fabrique n'ont qu'une valeur très inférieure, très restreinte; mais alors dans ce cas (qui ne se présentera que rarement lorsqu'il s'agira de vente ou de gage), sera-t-il absolument impossible de vendre, de mettre en gage d'une part le fonds de commerce meuble incorporel, d'autre part les marchandises meubles corporels? Nous ne le croyons pas à priori et nous disons même que cette solution-là généralisée, mettrait d'accord beaucoup de juristes, qui ne peuvent admettre l'introduction, dans une universalité incorporelle mobilière, d'un élément mobilier simplement corporel.

Quoi qu'il en soit, c'est l'opinion qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence, que l'achalandage

est un bien distinct des marchandises elles-mêmes, qui a une valeur particulière, qui peut être représenté par une somme d'argent (1).

Et, qu'on le remarque bien, ce qu'on désigne d'une façon large sous le nom de clientèle, c'est l'ensemble des biens incorporels qui s'y rattachent et dont nous avons parlé ; c'est aussi bien que l'achalandage le droit au bail, ou le pas de porte, le nom commercial, l'obligation elle-même qui en résulte de ne plus se rétablir.

Le matériel de l'exploitation, dans ce système, est d'ordinaire compris dans le fonds, mais il n'en est qu'une partie accessoire ; on pourrait s'imaginer, nous le disions plus haut, des fonds de commerce (2) sans matériel ni marchandises et réduits tout simplement à l'achalandage (3).

**68.** Rien ne saurait être plus probant que de passer en revue les nombreuses décisions judiciaires qui reconnaissent au fonds de commerce le caractère mobilier incorporel ; nous ne pouvons nous arrêter

(1) Paris : 22 mars 1834, D. P. 34, II. 129.
Cassat, : 29 nov. 1842, S. 42, I. 899.
Duranton : T. IV. n° 164.
Taulier : T. II. p. 162.
Demolombe : T. IX. n° 440.
Labori : Répertoire, v° Biens, n° 102.

(2) Ceux des agents d'affaires, par exemple.

(3) Boistel : *Précis du droit commercial*, n° 429.

qu'à quelques-unes d'entre elles pour ne point allonger demesurément ce chapitre ; les voici :

« *Un fonds de commerce est un meuble incorporel*, dont la tradition s'opère aux termes de l'art. 1607 du Code Civil, soit pour la remise des titres, soit par l'usage qui en est fait du consentement du propriétaire ; *et, en cas* de vente ou *de nantissement d'un fonds de commerce avec les meubles corporels qui le garnissent ou servent à son exploitation, ceux-ci ne sont que les accessoires et forment avec lui un ensemble indivisible dont la tradition s'effectue en même temps et de la même nature que celle du fonds lui-même*, etc. (1)

Et encore :

«*Un fonds de commerce forme, avec ses dépendances et le droit au bail des lieux où il s'exploite, un ensemble indivisible.* En conséquence, etc. (2) ».

Enfin :

« *Un fonds de commerce*, considéré comme un tout unique *avec ses éléments :* titre, enseigne et achalandage ; *et ses accessoires :* droit au bail, marchandises et matériel, *constitue un meuble incorporel* et peut par suite, etc. (3). »

(1) Demoiselle Clément contre dame Multen et syndic dame Multen, Paris, 6 juin 1896. *Revue de Jurisprudence commerciale et maritime de Nantes.*

(2) Paris, août 1897, *Journal des Trib. de commerce*, 1898, n° 14136.

(3) Lyon, 14 mars 1895, Martel contre liquidation Vinzio, *Revue de Jurisprudence commerciale et maritime de Nantes.*

Nous pouvons donc affirmer maintenant que dans un grand nombre de cas (1) la jurisprudence a reconnu au fonds de commerce la qualité de meuble incorporel lorsque l'élément incorporel l'emportait; souvent même, influencée par le désir de généraliser cette idée nouvelle, elle a qualifié meubles incorporels des universalités où l'élément mobilier corporel était prédominant.

**69.** Remarquons toutefois que les sentences judiciaires ne sont pas toutes aussi explicites que celles que nous venons de citer ; il y a de temps à autre des hésitations sur le principe même, et les formules n'ont pas toujours la même énergie que les précédentes.

**70.** Du reste, la loi de 1898 elle-même, n'ayant pas défini le fonds de commerce, avait accepté en principe l'opinion émise par les divers tribunaux que ce dernier est un ensemble homogène qui peut être nanti en bloc, sans qu'il y ait besoin de s'oc-

(1) Nous pouvons encore citer entre autres :
Grenoble, 16 avril 1886, O. P. 1888, I. 351.
Riom, 30 mars 1892, D. P. 1892, II. 220.
Paris, 24 décembre 1896, D. P. 1898, II. 23.
Amiens, 29 janvier 1898, *Ann. de Dr. commerc.* 1898, p. 349.
Dijon, 17 mai 1901, D. P. 1901, II. 471, deuxième espèce.
Amiens, 7 juillet 1900, D. P. 1901, II. 97.
Trib. Com. Saint-Étienne, 29 mars 1899, *Ann. dr. Com*, 1899, p. 361.

cuper des multiples éléments corporels ou incorporels qui le composent.

Le fonds, d'après cette jurisprudence, ne doit être mis, ni au rang des choses qui se consomment par le premier usage, ni parmi les choses fongibles.

**71.** Il existe perpétuellement (1), « soit par le renouvellement des marchandises, soit par la conservation des objets tels que le matériel, les instruments de fabrication, qui ne sont pas destinés à être vendus. On peut donc dire, en employant le langage technique du droit, qu'un fonds de commerce est un corps certain.

On a conclu notamment de là que, lorsqu'un usufruit est établi sur un fonds de commerce, à moins que le contraire ne résulte de la volonté exprimée par les parties ou les circonstances, il n'y a pas un quasi-usufruit, mais un usufruit véritable, de telle façon que l'usufruitier ne devient pas propriétaire, par application de l'art. 587 du Code Civil (2) ».

En résumé :

**72.** Le fonds de commerce est donc un corps

(1) Dans ce sens : Aubry et Rau, T. II, p. 527. Marcadé : sur l'article 581, n° 2 et sur l'art. 1553, n° 1 ; Demolombe, t. X, n° 307.

En sens contraire : du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 170.

(2) *Traité de droit commercial* par Ch. Lyon, Caen et Renault, t. III, p. 169.

certain (1), une universalité sinon de droit au moins de fait ; il continue à subsister tant par la confiance de la clientèle que par le renouvellement incessant des marchandises, il ne se consomme pas par le premier usage et est susceptible d'un véritable usufruit.

C'est un meuble incorporel (2) et par conséquent il peut être nanti par la simple remise du titre de propriété au créancier et la signification de l'acte de nantissement au bailleur de l'immeuble dans lequel se trouve être situé le fonds de commerce, ceci peut-être dans tous les cas et à fortiori par conséquent lorsque l'élément principal est incorporel (3).

(1) Demolombe : X, n° 307.
Laurent : VI, n° 420.
Baudry : Lacantinerie et Chauveau : n° 583.
Lyon, Caen et Renault : *Tr. de. Dr. commerc.*, 3e édit. t. III, n° 238.
Thaller : *Traité de Dr. commerc.*, 2e édit., n° 86 ; *Annales de Dr. commerc.*, t. III, 1889, p. 221.
Wahl : Sirey (note), 1897, II. 89.
Catalan : *Condition juridique des fonds de commerce*, Montpellier, 1899, p. 48.
Paul Chabrol : *Du nantissement des fonds de commerce*, p. 38 et suiv.

(2) Outre les références indiquées plus haut, voir Thaller : *Traité élémentaire de Droit commercial*, p. 67 ; Cass., 8 fructidor an III, 9 messidor au XI ; Laurent, t. V, n° 513.

(3) Paris, 26 fév. 1852, D. P. 52, II, 476, 53, II, 15.
Cassat., 13 avril 1859, S. 59, I, 913.
Cass. 13 mars 1899, *Gaz. du Pal*, 88, I, 649.
De ce que le fonds de commerce est un meuble incorporel il résulte en particulier :
1°) Que, si un mineur en tutelle en est propriétaire, il ne peut

**73.** Dans l'état de notre législation, rien de plus n'a été fait au point de vue de la personnalité morale depuis la loi du 1er mars 1898 et les controverses entre les partisans de l'universalité de droit et ceux de l'universalité de fait sont loin d'être éteintes.

**74.** Par contre, cédant aux justes récriminations des Chambres de Commerce, le législateur a fait un pas important en ce qui concerne la définition du fonds de commerce.

Lorsqu'il s'agit de la vente, les parties ont la plus grande liberté d'action; elles peuvent comprendre dans l'acte de vente ou exclure de cet acte un ou plusieurs des éléments composant le fonds de commerce ; en matière de nantissement il n'en est pas de même.

Il faut, dans l'intérêt de tous, que l'objet du nantissement soit bien déterminé, bien défini, qu'il ne puisse y avoir à son sujet ni erreur, ni interprétation défectueuse, d'où les différences de rédaction entre les art. 1 (relatif à la vente) et 9 (relatif au nantissement) de la loi récente du 17 mars 1909 dont nous aurons à parler longuement.

être aliéné par le tuteur qu'en se conformant aux dispositions de la loi du 27 février 1880. (Art. 450, C. civ.) ;

2°) Que ni l'article 2279, ni l'art. 1141 du Code civil ne lui sont applicables.

## III

Le moment est venu pour nous d'exposer brièvement ici les diverses théories auxquelles nous avons souvent fait allusion et qui préconisent des opinions différentes de la nôtre ; nous commencerons par celle qui prétend que :

*L'établissement commercial est une personne morale.*

**75.** Pour justifier cette théorie, il importe de faire ressortir la différence assez sensible qui existe entre la fraction du patrimoine d'un négociant affectée à l'exploitation commerciale et celle qui forme sa propre fortune ; c'est en raison de cette différence, de cette dualité de patrimoines, que quelques auteurs particulièrement hardis ont cru pouvoir attribuer à l'établissement commercial une sorte de personnalité morale.

Cette personnalité fait que l'établissement commercial a une existence tout à fait distincte de celle du commerçant, qu'il survit à ce dernier, qu'il est à la fois « un sujet et un objet de droits (1) ».

(1) Veit-Simon : *Zeitschrift für das Handelsrecht*, t. XXIV, 1897, p. 112.
*Ueber die Haftung des Erwerbers Eines Einzelgeschfäts für die vor Erwerb desselben entstandenen Handlungsschulden.*

**76.** D'après ces auteurs, pour la plupart allemands (1) et italiens, le fonds, que les premiers désignent par *Geschœft*, *Hans*, *Firma ;* les seconds par : *firma*, *casa*, *negozio*, *azienda*, serait susceptible d'avoir un domicile absolument distinct de celui du commerçant ; il aurait même un patrimoine propre.

Dans ce système le titulaire ne saurait être tenu au delà de la valeur du fonds, n'en étant en effet que le gérant : *der erste diener* (2), textuellement « le premier serviteur ».

**77.** Nous n'aurions pas beaucoup de peine à prouver que jamais la loi française n'a consacré cette théorie étrangère, qui n'a rencontré, du reste, que peu d'adeptes parmi les juristes de notre pays, et que de plus, au point de vue théorique, il est absolument inexact de prétendre que le fonds de commerce suppose un capital particulier, un capital spécial ; ce dernier, nous l'avons vu, se compose exclusivement d'un ensemble d'éléments corporels et incorporels qui ne supposent ni actif, ni passif (3).

(1) Endemann : *Das deutsche Handelsrechtsy stematisch dargesellt*, 4e édit., 1887 ; 15, 16, 17.

(2) Mommsen : *Archiven für Théorie und Praxis des Allgemeinen Handelsrechts*, 1875, p. 201, 2, 3.

(3) Ayant déjà donné notre avis précédemment sur le point de savoir si le fonds de commerce doit aussi comprendre un actif et un passif, nous estimons ne point avoir à y revenir ici. Qu'il nous suffise d'insister, avant de passer outre, sur l'inanité du prin-

**78.** Une variante de cette théorie est celle qui a été développée dans les « Annales de Droit commercial (1) », par M. Jules Valéry professeur de droit commercial à l'Université de Montpellier ; d'après lui, « il faudrait réserver l'expression « Maison de Commerce » pour désigner l'élément animé de l'établissement commercial, c'est-à-dire, l'ensemble des personnes qui concourent à sa direction et à son fonctionnement, tandis que l'on entendrait par fonds de commerce la partie purement matérielle de cet établissement, l'ensemble des choses qui y sont comprises (2) » et encore «...la maison de commerce et l'ensemble des personnes qui, à des titres divers, concourent au fonctionnement de l'établissement commercial, qui le font marcher, qui en constituent, en quelque sorte, à la différence des employés subalternes, l'état-major. Par fonds de commerce il faut entendre l'ensemble

cipe qui sert de base aux promoteurs de la personnalité morale du fonds de commerce !

Avec Veit-Simon que nous citions à l'instant, avec M. Jules Valéry (Veit-Simon, *op. cit*, p. 111. Valéry, *Ann. de Dr. commerc., français, étranger et international*, 1902, n° 6), nous dirons seulement qu'on cherche dans ce système à faire de l'établissement commercial « à la fois un *sujet* et un *objet* de droit » et que ces deux attributs s'excluent impitoyablement.

(1) *Annales de Droit commercial français, étranger et international*, 1902, nos 5 et 6, p. 209 et 269.

Ou extrait de cette publication publié chez Arthur Rousseau en 1903.

(2) Voir aussi dans ce sens : Vidari : *Corso di diritto commerciale*, 5e édit., 1900, t. I, nos 330 et suiv.

des capitaux affectés à un établissement commercial, ou, pour exprimer la même idée sous une autre forme, l'ensemble des valeurs qui constituent le patrimoine d'une maison de commerce ».

*Le fonds de commerce est une universalité juridique c'est une : « universitas juris ».*

**79.** Il serait indispensable, pour discuter cette opinion, de savoir exactement ce qu'on doit entendre par « Universalité juridique »; or la nature précise de cette Universalité ne se rencontre nulle part.

On dit qu'à défaut de définition exacte l'on doit rapprocher le fonds de commerce de l'hérédité, qui serait, assure-t-on, le type de l'universitas juris (1) ; c'est l'avis de Proudhon (2) lorsqu'il définit le fonds de commerce « un tout composé d'actif et de passif, comme le droit d'hérédité, parce que ce fonds comprend soit les marchandises destinées à la vente, soit les créances, soit enfin les dettes commerciales inhérentes aux négociations du commerçant »; c'est ce qu'affirme encore Kosack dans son « Lehrbuch des Handelsrechts ».

Certains partisans de cette théorie (3) ont voulu

(1) Voir p. 41 en note.

(2) *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation*, Dijon, 1836, II, n° 1851, p. 52.

(3) Entre autres M. Magnin : *Annales de Droit commercial*, 1899, p. 398.

voir dans la loi de 1898 la consécration de leur opinion; ils ont prétendu que cette loi est venu donner au fonds de commerce l'existence juridique, alors qu'en réalité elle s'est contentée d'employer l'expression de fonds de commerce, de baptiser en quelque sorte officiellement cet ensemble d'éléments, au sujet duquel s'étaient élevées tant de contestations (1).

**80.** Nous devons le déclarer ici, nos adversaires ne sont pas toujours d'accord sur ce qu'ils doivent entendre par une universalité de droit et c'est ce qui fait qu'un nombre considérable d'entre eux n'ont pas voulu proclamer que le fonds de commerce est un patrimoine spécial, indépendant, semblable à une hérédité.

(1) On s'appuie surtout, pour défendre cette interprétation de la loi de 1898, sur ce passage du rapport de M. Thézard, au Sénat, lors de la discussion du projet Millerand en 1897-98 : « N'y avait-il pas cependant un intérêt véritable à rendre pratique le nantissement d'un fonds de Commerce ? N'était-il pas utile qu'un commerçant, en une heure de crise, pût trouver un moyen de crédit dans l'engagement de son fonds de Commerce ? Et était-il donc impossible d'arriver à ce résultat, qu'il donnât à ses prêteurs une garantie solide, sans que cependant les tiers fussent victimes d'un engagement occulte ?

« *Il fallait, pour arriver à ce résultat, combler une lacune de la loi, il fallait constituer une substance et une individualité juridique à cette valeur qu'on nomme un fonds de Commerce* et édicter pour sa constitution, à titre de gage, des règles appropriées à sa nature et aux nécessités du crédit. Tel a été l'objet de la proposition présentée par l'honorable M. Millerand..... etc..... » (Rap. Thézard au Sénat, *J. O.* du 9 février 1898. Deb. parlem. 118.)

D'après leur façon de voir, l'expression « Universalité juridique » signifie seulement que l'ensemble des biens qui composent le fonds de commerce a une existence propre, distincte de chacun de ces biens en particulier, le fonds ne pouvant comprendre les créances et les dettes.

**81.** Il se trouve encore une autre catégorie d'auteurs d'après lesquels on doit bien faire entrer les créances dans la notion du fonds de commerce, mais non les dettes.

**82.** La jurisprudence, de son côté, a bien des fois tenté de considérer le fonds de commerce comme une universalité de droit (1) et cette opinion (avec celle qui voit dans le fonds de commerce une universalité de fait) est la plus répandue de toutes à notre époque.

**83.** Or le moment est venu de nous rendre compte de la valeur des arguments qui ont été proposés

(1) Voir le très curieux arrêt de la Cour de Paris du 12 avril 1833. Dalloz. Répertoire, *Dispositions testamentaires*, n° 2592.
Cass. 13 mars 1888, *loc. cit.*
Les Andelys, 6 nov. 1900, D. P. 1901, II, 97.
Nancy, 21 mars 1902, D. P. 1903, II, 169.
Besançon, 20 mars 1901, D. P. 1901, II, 97.
Poitiers, 1er juillet 1901, D. P. 1904, II. 54.
Trib. civ. Seine, 16 avril 1902, D. P. 1902, II, 239.
Bordeaux, 28 oct. 1896, j. trib. com. 1897, p. 794.

pour soutenir que le fonds de commerce est une universalité juridique.

On a dit et répété : cette conception n'est pas nouvelle, ce n'est pas un fruit de la doctrine moderne, il y a des précédents sur ce point en droit romain, dans certaines législations étrangères et même dans notre droit français.

**84.** M. Catalan tout d'abord (1), dans son intéressante étude sur la matière des fonds de commerce, établit un rapprochement entre le *Handelsvermægen* allemand et la *Merx peculiaris*, l'un et l'autre ayant, dit-il, « la capacité d'être en rapports juridiques vis-à-vis des tiers, d'avoir des créances et des dettes ». Il s'agit évidemment ici de cet ensemble de biens dont le « dominus » laissait l'administration à son esclave ; le maître demeurait seul et véritable propriétaire, mais il était responsable, dans la mesure de ce pécule, des opérations que l'esclave avait pu conclure en son nom.

Que ce pécule ait une existence à part, qu'il ait formé un patrimoine distinct du patrimoine général, on peut le soutenir et nous nous rangerions volontiers à cette opinion ; mais que ce pécule ait reçu le nom d'*Universalité juridique*, voilà ce que nous ne pouvons admettre en l'absence de textes certains et authentiques qui font absolument défaut.

(1) *Op. cit.*, pp. 25, 26.

**85.** En ce qui concerne l'argument tiré des législations étrangères, de la législation allemande entre autres, on a prétendu que cette dernière exigeant pour le fonds de commerce un nom spécial, une *firma*, comme nous l'avons expliqué ailleurs, le fonds de commerce devait avoir une véritable personnalité juridique, distincte en tous points de la personnalité du commerçant.

C'est aller un peu vite, nous semble-t-il, sur le chemin des déductions, car, pour notre part, nous serions plus tenté de voir dans cette disposition de la loi allemande une *mesure de police* destinée à éviter la trop grande *similitude* des *noms commerciaux*, que la consécration officielle d'une personnalité problématique (1) !

**86.** On a dit encore qu'en Allemagne le fonds de commerce, ayant un domicile propre fixant la compétence du tribunal et souvent distinct de celui du commerçant, avait à coup sûr une personnalité spéciale ; un seul mot suffira pour réduire au silence les partisans de cette théorie : cette façon de faire n'est que l'application du principe d'après lequel il est logique que la compétence d'un tribunal soit déterminée par le domicile où se trouveront le plus

(1) Voir dans ce sens P. Bayart : *Étude de la notion du fonds de commerce*, Paris 1906, p. 100.
En sens contraire, Cosack : *Op. cit.*, p. 87.

complètement réunis tous les renseignements désirables.

Or les livres de commerce, les factures, les écrits de toute sorte étant généralement groupés dans la maison de commerce, rien de bien extraordinaire dès lors à ce que le lieu où se trouve le fonds détermine la compétence du tribunal, préférablement au domicile personnel du commerçant.

87. Enfin, se basant toujours sur la législation allemande et admettant les conséquences du « *Zweckvermœgen* », dont nous avons déjà eu l'occasion de parler, on a dit que le patrimoine affecté au commerce était complètement distinct du patrimoine général ; le patrimoine commercial n'a-t-il pas ses créanciers propres qui excluent les autres, en droit allemand? Dans notre droit même n'existe-t-il pas des décisions jurisprudentielles admettant qu'un commerçant puisse être l'objet de plusieurs déclarations de faillite pour des fonds distincts (1)?

Nous ne nions pas les faits, quitte à les admettre avec les réserves qu'apporte M. Catalan, lui-même, en la matière ; mais, comme il faudrait une loi spéciale dans notre pays pour arriver au résultat désiré, *la pluralité des patrimoines ;* que cette loi ne nous semblerait ni très opportune, ni même abso-

(1) Voir pour tous ces points, Catalan : *op. cit.*, p. 30 à 35.

lument nécessaire, nous nous contenterons d'opposer aux promoteurs de ces doctrines l'art. 2092 de notre Code Civil qui déclare que « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur *tous* ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir. »

**88.** Non, le fonds de commerce n'est pas, comme on voudrait l'établir, une *Universalité de Droit*, car il est impossible de faire abstraction des multiples éléments qui le composent ; tout au plus est-il ce que nous avons dit, à savoir une *Universalité de Fait* d'une nature spéciale, l' « Universitas rerum distantium » dont parlaient les Romains (1), « une chose collective composée de pluseiurs choses

(1) Girard : *Manuel élém. de Droit rom.*, 3e édit., p. 245, et aussi *Pomponius Digestorum* lib. 41, 3, *De usurp.* 30, qui dit : « Tria sunt autem corporum genera, unum quod continetur uno spiritu et græce Γνωμενον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia ; alterum quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohærentibus constat quod συνημμενον vocatur, ut ædificium, navis, armarium, tertium *quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus, legis grex.* »

Ce qui signifie :

« Il existe trois espèces de choses : d'abord ce qui ne comprend qu'une seule matière (en grec ηνωμενον) comme un homme, une poutre, une pierre et autres choses semblables. Ensuite ce qui comprend des choses qui se touchent, c'est-à-dire des choses ayant entre elles plusieurs points de cohésion (qu'on appelle συνημμενον) comme un édifice, un navire, etc... enfin, ce qui comprend des choses bien distinctes, comme plusieurs choses qui ne sont pas cependant absolument séparées mais groupées sous un seul nom comme un peuple, une troupe, un troupeau. » Où l'on voit clairement la différence entre les *Universitates rerum distantium* et les *Universitates rerum cohærentium.*

restéees indépendantes, qui sont constituées en unité seulement par leur destination commune (1) ».

**89.** *Le fonds de commerce forme un patrimoine distinct du patrimoine général.*

C'est la théorie allemande du « Zweckvermœgen (2) » qui ne nous est pas inconnue. Le fonds de commerce, d'après ce système, est un patrimoine spécial dont la raison d'être est la communauté de but de toutes les parties qu'il renferme, mais il n'est pas indépendant, comme dans le cas d'une fiction de personnalité morale, un recours pouvant toujours avoir lieu, de la part des créanciers, contre le propriétaire, après discussion toutefois des valeurs comprisees dans le fonds de commerce.

**90.** M. Saleilles, dans sa théorie du *Patrimoine d'affectation*, se rapproche beaucoup du « Zweckvermœgen » ; le seul reproche qu'on puisse faire à cette théorie c'est que l'affectation ne saurait actuellement être portée à la connaissance des tiers et que, du reste, cette publicité elle-même ne suffirait vrai-

(1) Girard : *Manuel élém. de Droit rom.* — *Loc. cit.*

(2) Bekker : *Zweckervermœgen, Handelsvermœgen und Arktiengesellchaften Zeitschrift für Handelsrecht*, t. IV, 1861, p. 500. De Gruchot : t. XXXVII, 1893, p. 236.

Saleilles : *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allemand*, p. 140, 1, 2, 3.

Magnin : *Essai sur le nantissement de fonds de commerce et les résultats de la loi du* 1er *mars* 1898 *; Annales de Droit rom.* 1899, p. 469-470.

semblablement pas à sauvegarder les droits des créanciers.

Il n'est pas difficile en effet, lorsqu'il s'agit de valeurs mobilières toujours aptes à la dissimulation, de les faire passer d'un patrimoine dans l'autre, de façon à paralyser les poursuites des créanciers contre le fonds de commerce; comme ils se trouveraient dépourvus de recours sur le patrimione général, dans le système de M. Saleilles, c'est encore eux qui seraient une fois de plus sacrifiés.

Nous nous plaisons à reconnaître du reste que le très éminent juriste a fait toutes les réserves possibles en publiant sa théorie et qu'il a tenu à réclamer d'importantes modifications dans la législation actuelle pour rendre pratiques ses idées (1).

**91.** Pour ce qui est de la théorie même du « Zweckvermœgen », nous savons qu'elle a été appliquée par Bekker aux fonds de commerce ; d'après lui le fonds constitue un patrimoine absolument distinct du patrimoine général, sujet de droit, pouvant se

(1) M. Saleilles : *Étude sur les Sociétés en commandite ; Annales de Droit commercial*, 1897, nº 61, p. 40.

M. Chabrol, dans son étude *Du nantissement des Fonds de commerce*, p. 29, fait justement remarquer à ce propos que « cette idée d'un patrimoine séparé n'est d'ailleurs pas étrangère à notre droit, où les biens du défunt, recueillis par son héritier, peuvent ne pas se confondre avec les biens de celui-ci par l'effet de la séparation des patrimoines, où l'on admet encore qu'un armateur peut n'être tenu que sur son patrimoine maritime (art. 216 C. du com.) ».

transmettre et se transmettant de fait avec les créances actives et passives attachées à ce patrimoine spécial.

Tous les biens du fonds de commerce, dit-il en substance, tendent vers une même fin, ont un même but (Zweck) : *la prospérité du fonds de commerce ;* c'est dire assez clairement que ce système réalise une véritable séparation du patrimoine ; il ne faut donc pas s'étonner de ce que, par suite de cette séparation, les dettes et les créances existant à l'occasion du commerce fassent partie inhérente du fonds et soient transmises avec lui, sauf convention contraire : c'est la négation de notre législation sur la faillite (1).

Telles sont, avec la théorie du fonds de commerce considéré comme « Universitas facti », les diverses manières d'envisager cette valeur qui ont été proposées ; nous ne voulons parler ici que des principales, de celles qui ont fait école et qui se partagent les suffrages des juristes et des praticiens.

Ayant laissé pressentir de quel côté se tournaient nos préférences nous avons suffisamment démontré, croyons-nous, que le fonds de commerce est une universalité de fait de nature spéciale, sans chercher à imposer toutefois notre façon de voir.

Ce premier chapitre vient d'être consacré aux

(1) Gaudemet : *Étude sur le transport des dettes à titre particulier*, p. 488.

définitions ; nous y avons étudié la nature du fonds de commerce, ses caractères, ses attributs d'après les diverses théories; nous avons au surplus indiqué notre conception.

Familiarisés avec les principes, il nous est loisible d'aborder dès maintenant un second point très important de notre programme et nous nous efforcerons, dans le chapitre suivant, de résoudre cette autre question sur laquelle il est indispensable de nous étendre un peu : Que faut-il entendre par le nantissement d'un fonds de commerce ; ce nantissement est-il possible en doctrine, est-il utile en pratique?

## CHAPITRE II

### Ce qu'est le Nantissement d'un Fonds de Commerce

### Est-il possible en doctrine?
### Est-il utile en pratique?

**92.** Nous venons de voir que les divres éléments qui composent un fonds de commerce peuvent se répartir en deux groupes distincts : ceux d'une part qui sont corporels, ceux d'autre part qui sont incorporels ; nous avons vu également que trois systèmes principaux ont été admis en France jusqu'à nos jours, l'un qui veut envisager isolément les divers éléments corporels et incorporels entrant dans la composition du fonds, considéré comme une universalité de fait ; l'autre qui regarde toujours ce dernier comme un meuble incorporel ; le troisième enfin, celui de la Cour de Cassation, d'après lequel c'est l'élément prépondérant corporel ou incorporel qui doit décider en dernier ressort de la nature corporelle ou incorporelle du fonds.

Il faut nous demander maintenant comment ce fonds, que nous venons de définir, peut être donné

en gage ; pour cela rendons-nous d'abord compte de l'utilité qu'il peut y avoir à nantir un fonds de commerce.

**93.** Il est incontestable que le fonds de commerce avec ses diverses parties peut être considéré comme une fraction importante du patrimoine d'un commerçant. (Ce n'est pas un patrimoine spécial en effet, comme certain l'ont prétendu, puisqu'il ne comprend pas les dettes, puisqu'en cas de faillite il n'est pas fait de différence par la loi entre le patrimoine commercial et le patrimione civil.) Rien de plus naturel dès lors qu'à notre époque où le crédit a pris des proportions considérables le commerçant cherche à utiliser tous ses biens, sans distinction, pour obtenir ce crédit qui chaque jour devient plus nécessaire. Si cette conclusion est exacte lorsqu'on parle de commerce en général, elle l'est à fortiori, peut-être, lorsqu'il s'agit du petit commerce qui n'a pas à sa disposition d'importantes réserves de marchandises, des immeubles considérables qui pourront être warrantés ou hypothéqués pour obtenir les capitaux nécessaires à l'exploitation.

L'abolition de la contrainte par corps par la loi de 1867 est venue donner une importance toute particulière aux sûretés réelles et c'est vers cette époque que le petit commerçant comprit la nécessité qu'il y avait pour lui de pouvoir nantir, le cas

échéant, cet ensemble de biens, souvent considérables, que nous désignons sous le nom de fonds de commerce.

**94.** Sans doute la loi du 28 mai 1858, celle plus récente encore du 23 mai 1863, la première sur les magasins généraux et les warrants, la seconde sur le gage commercial avaient, dans une certaine mesure, rendu la mise en gage plus praticable; mais, il importe de le remarquer, ces lois étaient surtout avantageuses aux grands établissements qui ont à leur disposition des stocks de marchandises considérables, des immeubles importants : le petit commerce ne pouvait guère en profiter.

Dans la pensée des commerçants d'alors, nantir leur fonds de commerce n'était pas autre chose que donner en gage les divers éléments dont celui-ci se compose, éléments qui tous sont mobiliers et qui par conséquent tous sont susceptibles d'être mis en gage ; ils ne s'étaient sans doute jamais posé la question de savoir comment ils pourraient bien s'y prendre pour satisfaire aux prescriptions de la loi, ils voyaient à leur portée un puissant instrument de crédit au moment où, plus que jamais, ils avaient besoin de capitaux : d'elle-même l'idée leur vint de nantir leur fonds de commerce.

**95.** C'est donc sous l'impulsion de la nécessité que les premiers nantissements eurent lieu.

Or, avant de nous demander jusqu'à quel point ce nantissement était licite, comment il pouvait être effectué, mettons-nous bien d'accord sur ce qu'est le nantissement d'une façon générale, soit en matière civile soit en matière commerciale.

**96.** Si nous en croyons l'art. 2071 du Code Civil : « C'est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de sa dette »; donc un contrat réel qui ne devient parfait que par la prestation de l'objet.

Or, si nous appliquons ces principes au fonds de commerce, nous nous apercevons que le propriétaire doit s'en dessaisir au profit des créanciers pour que le nantissement soit valable : s'il n'y a pas dessaississement il n'y a pas de gage, s'il n'y a pas dessaisissement les tiers ne peuvent être avertis de ce qui s'est passé, la porte est ouverte toute grande à la fraude et pratiquement le nantissement d'un fonds, ainsi entendu, devient une source d'interminables contestations.

**97.** Mais le gage qui ne peut porter que sur des meubles (art. 2072, C. Civ.) peut s'appliquer aussi bien aux meubles corporels qu'aux meubles incorporels.

Porte-t-il sur un objet corporel ; un acte public ou sous seing privé enregistré est nécessaire lorsqu'il

s'agit d'une chose dont la valeur excède 150 francs (art. 2074 ,C. Civ.)

Est-il question d'un droit mobilier, il faut un acte public ou sous seing privé, « enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage (art. 2075, C. Civ. ) (1).

Voilà pour ce qui regarde le droit civil.

Si nous voulons connaître les différences qui séparent le gage commercial du gage civil, lisons les art. 91 et 92 du Code de Commerce; nous y voyons que (2) :

Au point de vue d'un meuble corporel :

« Le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que le gage a été mis et resté en possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. » (Art. 92. C. de Com.)

Au point de vue des droit mobiliers (créances par exemple) :

« Il n'est pas dérogé aux dispositions de l'art. 2075 du Code Civil en ce qui concerne les créances mobilières dont le cessionnaire ne peut être

(1) Quant au dessaisissement, à la mise en possession, l'art. 2076 prescrivant qu'elle est requise dans tous les cas, elle devra également avoir lieu pour la créance ou le droit ; dans ce cas, elle résultera de la tradition des titres qui les constatent (arg. art. 1607 et 1689).

Voir Besançon, 18 déc. 1895. S. 96, II, 71 ; Paris, 21 juin 1893. D. 93, II, 470.

(2) Il convient de rappeler ici les dispositions de l'art. 91 du Code de commerce qui considère comme commercial « le gage

saisi, à l'égard des tiers, que par la signification du transport faite au débiteur. » (Art. 91, C. de Com.)

**98.** Ces règles, tant civiles que commerciales, peuvent elles être appliquées au fonds de commerce?

Pour répondre à cette question, il nous faut ici brièvement passer en revue les diverses théories émises, touchant la nature du fonds : nous étant déjà familiarisés avec elles, la chose nous sera bien facile.

L'une des opinions les plus considérables est celle qui voit dans le fonds de commerce quel qu'il soit, indépendamment des éléments qui le composent, un meuble incorporel ; elle s'appuie sur ce

constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce ».

C'est la nature de la dette qui rend le gage commercial ou civil.

*Validité du Gage*

| EN DROIT CIVIL | EN DROIT COMMERCIAL |
|---|---|
| *Meuble Corporel :* | *Meuble corporel :* |
| a) Dessaisissement. | a) Dessaisissement. |
| b) Acte public ou sous seing privé enregistré, au-dessus de 150 francs. | *Meuble Incorporel :* |
| *Meuble Incorporel :* | a) Dessaisissement par tradition des titres constatant la créance ou le droit. |
| a) Dessaisissement par tradition des titres constatant la créance ou le droit. | b) Signification au débiteur de la créance (sauf pour les titres au porteur. V. art. 91, C. de Com.). |
| b) Acte public ou sous seing privé, enregistré et signification au débiteur de la créance. | |

principe que l'achalandage est, par excellence, un objet incorporel, toujours mobilier (1); que l'achalandage est la partie principale d'un fonds de commerce dont les autres éléments ne sont que les accessoires et que par conséquent *le fonds est dans tous les cas un meuble incorporel* (2) *susceptible de nantissement.*

**99.** Un autre système voit dans le fonds de commerce un tout formé de divers éléments : les uns corporels, les autres incorporels, tous mobiliers ; c'est d'après lui, nous l'avons déjà dit, une universalité de fait dont il faut envisager séparément les différentes parties, *appliquer à chacune d'elles les règles du nantissement* correspondant, suivant les cas, aux choses corporelles ou incorporelles (3).

**100.** Une troisième théorie enfin est celle qui a été adoptée par la Cour de Cassation (4) ; nous aurons l'occasion d'en parler longuement au cours de cette étude lorsque nous nous occuperons des antécédents de la loi de 1898.

(1) Cass., 13 juillet 1840.
Delangle : *Des Sociétés commerciales*, t. II, p. 385.
Demolombe : *Cours de Code Napoléon*, t. IX, p. 155.

(2) Lyon-Caen et Renault, 4e édit., t. III, p. 168.

(3) C'est la négation du nantissement spécial du fonds de commerce qui suppose que le débiteur restera à la tête de son fonds (v. sur ce point : Wahl, S. 1897, II, 91).

(4) 13 mars 1888. D. P. 88, I, 351.

Les fonds de commerce, d'après l'opinion de la Cour, est un tout indivisible ; la nature de ce tout, de cette universalité, est essentiellement variable suivant les éléments qui entrent dans la composition du fonds : si la partie incorporelle l'emporte, le fonds est un meuble incorporel ; si c'est la partie corporelle qui domine, le fonds au contraire est un meuble corporel ; or il est bien évident que, s'il advient par hasard que l'élément corporel soit prépondérant, ce sont les règles concernant le nantissement d'un meuble corporel qui doivent s'appliquer et par conséquent le dessaisissement effectif, réel, au profit du créancier.

Incontestablement le cas normal est celui où la majorité des éléments constitutifs du fonds de commerce sont incorporels ; la Cour de Cassation admit ce principe et, par un arrêt du 13 mars 1888, reconnaissant la validité du nantissement d'un fonds de commerce, tout en respectant la lettre de l'art, 2075 du Code Civil, elle décida que le nantissement ressort avec évidence d'une tradition fictive, opérée à l'aide de la remise au créancier nanti d'une expédition du bail accompagnée d'une signification du nantissement au bailleur et de la remise au créancier de l'acte d'acquisition.

**101.** Dans chacun des systèmes adoptés par les diverses écoles, on parvient donc à nantir le fonds

de commerce : soit en observant l'art. 2076, soit en opérant par analogie lorsqu'on estime que ce texte est inapplicable.

Il est certain que le fondement même du contrat de gage c'est le dessaisissement du débiteur au profit du créancier ; c'est ce dessaisissement qui différencie le nantissement de l'hypothèque, et, lorsque le dessaisissement n'est pas possible, pour une raison ou pour une autre, ce n'est pas d'un nantissement qu'il s'agit mais bien d'une véritable hypothèque.

D'où l'opinion émise par plusieurs que le nantissement des fonds de commerce est une *hypothèque mobilière* au même titre que l'hypothèque maritime.

**102.** Le législateur de notre Code Civil, imbu des doctrines économiques d'alors, était loin de prévoir l'importance qu'aurait un jour la fortune mobilière ; il ne s'était guère préoccupé dans son œuvre que des immeubles et gardait le silence sur nombre de questions des plus importantes telles que : les marques de fabrique, les brevets d'invention, les sociétés, les actions et obligations, les droits d'auteur, les magasins généraux, les chèques, les hypothèques maritimes, le gage commercial, le nantissement des fonds de commerce..... autant de points spéciaux pour lesquels il fallut des lois particulières entre 1844 et 1898.

Dans cette longue série de lois, remarquons particulièrement celle du 23 mai 1863 sur le gage commercial qui, modifiant les art. 91, 92, 93. 94 du Code de Commerce, remplaça la procédure du Code Civil par quelque chose de beaucoup plus simple et de plus pratique.

Il y était parlé des titres, des valeurs négociables, des créances ; d'une manière générale le principe de la dépossession au profit du créancier gagiste y était scrupuleusement observé : on ne disait rien des fonds de commerce.

**103.** La première loi qui fit allusion à cette catégorie de biens est la loi fiscale du 28 février 1872 ; le premier arrêt en date sur la matière est celui du 26 juillet 1851, rendu par la Cour de Paris (1) et ne reconnaissant du reste pas la validité du nantissement d'un fonds.

Il faudra attendre 1888 et l'arrêt célèbre du 13 mars de cette année pour qu'une jurisprudence sérieuse s'établisse en sens contraire et reconnaisse la légalité du nantissement.

(1) D. P., 1852, II, 218.

## II

**104.** Après nous être rendus compte que, dans les divers systèmes, il est possible de constituer un fonds de commerce en nantissement, il faut nous poser la question primordiale de savoir si oui ou non, juridiquement parlant, un semblable gage est licite.

De nos jours, la notion de ce nantissement semble passée dans les mœurs, le petit commerce use fréquemment du nouveau moyen de crédit mis à sa disposition et, malgré les récriminations dont sa pratique est l'objet, il rend chaque jour de signalés services.

Il est certain, de plus, et nul ne l'a jamais contesté, que depuis la loi de 1898 le nantissement des fonds de commerce existe légalement, licitement, et les termes mêmes dont se sert l'art. 2075 suffiraient à l'établir sans réplique : « Tout nantissement d'un fonds de commerce, dit cet article, devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité » ; mais là n'est point la question.

**105.** Il importe en effet de se placer sur un terrain purement idéal et théorique et de se demander

s'il est permis au législateur quel qu'il soit de légitimer la dation en nantissement d'un fonds de commerce. Le problème ne saurait être résolu d'un mot, une étude assez approfondie s'impose; nous allons l'entreprendre en nous efforçant d'être bref.

Le fonds de commerce (inutile de revenir sur ce point) n'est pas un patrimoine distinct du patrimoine général d'un commerçant, ayant son actif et son passif propre, seul exposé à l'action des créanciers en cas de faillite ; c'est une valeur, valeur des plus importantes, des plus réelles cela va de soi, mais parcelle néanmoins de ce patrimoine général dont nous parlions à l'instant, susceptible au même titre que les autres fractions, que les autres parcelles, d'être, le cas échéant, une source de crédit pour son propriétaire.

**106.** Nous estimons en effet que de nos jours où le crédit joue un rôle plus capital qu'à toute autre époque il faut qu'un individu puisse *faire argent* par tous les moyens qui sont à sa disposition, aussi bien à l'aide du fonds de commerce qu'il gère que grâce aux autres biens dont il est possesseur ; interdire au négociant de nantir son fonds, c'est l'empêcher arbitrairement d'obtenir tout le crédit sur lequel il a le droit de compter.

**107.** On a prétendu, nous le savons, que la loi de 1898, en reconnaissant la validité du nantissement

des fonds de commerce, a permis au commerçant de tromper les tiers sur sa véritable situation pécuniaire, sur sa solvabilité : l'inscription au greffe est, dit-on, un moyen de publicité insuffisant, une formalité gênante et peu efficace ; de plus le commerçant, obligé, pour tel ou tel motif, de nantir son fonds à un fournisseur plus fortuné, n'est pas absolument libre d'acheter dorénavant à sa guise ; ce fournisseur s'impose à lui, par suite de cette obligation, sans compter que le nantissement des fonds de commerce ne donne qu'une sûreté très problématique souvent même illusoire (1).

Ces raisons, d'après nous, sont insuffisantes pour demander la suppression du nantissement : ce dernier a sa raison d'être puisque le petit commerce l'emploie fréquemment et qu'il est pour lui d'une incontestable utilité. Tout ce que l'on peut dire c'est que bien des perfectionnements doivent être encore apportés à cette institution délicate pour qu'elle devienne irréprochable et qu'elle atteigne, sans nuire à personne, le but poursuivi.

**108.** Si nous nous plaçons maintenant au point de vue du droit pur, il nous paraît certain que la mise en gage de l'ensemble d'une exploitation est absolument licite, absolument conforme aux

(1) Il n'y a plus de clientèle et les marchandises ont le plus souvent disparu.

principes premiers du droit civil et du droit commercial français.

Tous les éléments, nous l'avons vu, qui peuvent entrer dans la composition d'un fonds de commerce, sont de nature mobilière et peuvent par suite faire l'objet d'une mise en gage ; le fonds, universalité de fait, considéré comme l'ensemble de ces divers éléments, a lui-même été pris sans difficulté pour un bien mobilier; il n'y a donc rien d'étonnant à ce que le fonds de commerce, comme les éléments qui le composent, soit susceptible de nantissement (1).

Il ne suffit pas d'alléguer les obstacles véritables qui séparent la doctrine de la pratique, car il est incontestable que nous sommes encore dans une période d'essais et de tâtonnements : la perfection dans une matière aussi compliquée ne saurait être atteinte du premier coup.

Il appartient au juriste dans le domaine de la théorie, au commerçant sur le terrain des faits, de chercher quels remèdes doivent être apportés à la législation existante, d'étudier les remaniements toujours nécessaires, de dénoncer les abus, de réunir les suffrages qui leur parraissent dignes de considération.

(1) Dans ce sens :

Demolombe : *Cours de Code Napoléon*, t. IX, p. 153.

Laurent : *Principes du droit civil français*, t. V, n° 513 ; D. P., 1901, II, 97, note 1 à 34.

Nous n'avons pas en effet le droit de nous déclarer satisfaits d'une loi, si parfaite puisse-t-elle nous sembler, car, en pareille matière, c'est la seule pratique qui nous montrera clairement si le législateur de 1909 après celui de 1898 est enfin parvenu à codifier les règles qui président au nantissement des fonds de commerce.

**109.** Il convient de remarquer à ce propos que la question, qui n'est pas nouvelle, est loin d'être restée stationnaire durant ces dernières années; pour le démontrer il suffira de décrire, dans ses grandes lignes, l'évolution qu'a suivie l'idée de nantissement.

**110.** Elle eut tout d'abord à subir une réelle hostilité de la part des tribunaux et des Cours qui *neutralisèrent*, pour ainsi dire, cette valeur si importante pour le crédit du commerçant.

A propos d'un fonds de commerce, « Universitas », ensemble, meuble incorporel, deux hypothèses peuvent être envisagées : ou bien il existe un *droit au bail* ou il n'y en a pas.

S'il y en a un, rien n'empêche le créancier gagiste qui veut faire de ce droit au bail d'objet d'un gage et qui désire de plus satisfaire à la mise en possession, de se faire donner le bail de l'immeuble d'exploitation et de signifier au bailleur l'acte qui constate le nantissement ; s'il n'en existe pas,

la simple remise du titre d'acquisition du fonds au créancier gagiste peut être considérée comme suffisante au point de vue spécial de la mise en possession et, dans ce cas, il est possible que la signification de l'art. 2075, au sujet des droits de créance, soit superflue, l'objet du gage étant, somme toute, la propriété du débiteur (1).

Or, dans les cas précités, la dépossession du débiteur n'est ni assez caractérisée, ni assez notoire; aussi en vint-on à juger que « la remise du bail et de l'acte d'acquisition du fonds de commerce, ainsi que la signification du nantissement au propriétaire, ne suffisent pas pour constituer le gage si le débiteur ne se dessaisit pas du fonds de commerce et en continue lui-même l'exploitation en son nom personnel, un fonds ne pouvant, en vertu d'un acte resté sans publicité, et par conséquent ignoré des intéressés, être distrait de l'actif au profit d'un seul créancier (2) ».

On jugea même que « la mise en possession d'un fonds de commerce, devant consister dans la détention d'un ensemble d'objets mobiliers corporels et incorporels, formant un tout indivisible devant être

(1) Sur le premier point : Paris, 6 juillet 1896, D. P. 96, II, 471. Trib. de la Seine, 15 janv. 1895, S. 97, II, 89. — Sur le deuxième point : Lyon, 4 mars 1895, S. 79, II, 89.
Paris, 21 juillet 1892, D. P. 93, I, 108.

(2) V. Théophile Huc, t. XII, art. 2075, Paris 1899, Trib. com. de la Seine, 26 février 1895, S. 97, II, 89.

géré d'une façon continue et ininterrompue, les nécessités de cette gestion apportaient un obstacle insurmontable à ce que le créancier gagiste fût mis en possession d'un fonds de commerce ; que par suite le nantissement d'un tel fonds était nul, alors même qu'il aurait été convenu que ce fonds serait remis entre les mains du créancier gagiste ou d'un tiers convenu (1) » ; il était difficile d'être plus catégorique.

**111.** La seconde étape du nantissement des fonds de commerce est marquée par la loi du 1er mars 1898 qui compléta, comme nous savons, l'art. 2075 au point de vue de la publicité ; la troisième et dernière l'est enfin par les textes récents que nous aurons à étudier plus loin en détail.

**112.** Ces divers stades, nous montrent avec évidence que nous avons assisté à l'élaboration d'une conception nouvelle sous l'impulsion de nécessités économiques, à savoir l'utilisation, au point de vue du crédit, d'une valeur existant depuis fort longtemps déjà.

Ayant ainsi rappelé dans cette première partie de notre étude d'abord ce qu'on doit entendre par un fonds de commerce, puis ce qu'est exactement

(1) Huc précité.
Trib. com. de la Seine, 18 janv. 1896, S. 97, II, 89.

le nantissement de ce fonds ; nous allons tâcher de nous rendre compte de l'état dans lequel se trouvait la question du nantissement avant la loi de 1898 ; nous entreprendrons ensuite l'étude rapide de cette loi en faisant ressortir ses imperfections et, de la sorte, il nous sera possible d'apprécier, dans son ensemble et dans ses détails, l'œuvre du législateur de 1909.

# DEUXIÈME PARTIE

## Le Nantissement des Fonds de Commerce avant la Loi du 1er mars 1898

## La Loi du 1er mars 1898, son insuffisance ses imperfections

# DEUXIÈME PARTIE

## Le Nantissement des Fonds de Commerce avant la Loi du 1er mars 1898 La Loi du 1er mars 1898, son insuffisance ses imperfections

### CHAPITRE PREMIER

### Le Nantissement des Fonds de Commerce avant la Loi du 1er mars 1898

**113.** Nous savons déjà pour quelles raisons économiques, sous l'influence de quel état de choses, le Code Civil de 1804 ne parlait point des fonds de commerce.

Nous avons vu également que jusqu'en 1858 le Code de Commerce est resté pour ainsi dire muet sur la question du gage commercial (1).

(1) Sauf en ce qui concerne la « Commission », puisque le titre VI de l'ancien Code de commerce était simplement intitulé « des Commissionnaires » et ne comportait que trois sections : « des Commissionnaires en général », des Commissionnaires pour les transports par terre et par eau », « du Voiturier ».

**114.** Il nous paraît intéressant de montrer avec M. Georges Hartmann (1), avec M. Barbier (2), quelles sont les diverses phases qu'a parcourues la définition du fonds de commerce ; c'est en quelque sorte l'avant-propos nécessaire à l'étude de la jurisprudence qui nous occupera plus loin.

Si nous suivons l'ordre des dates, nous pouvons citer en tête de liste le « Dictionnaire de Furetière » (1727), ainsi que le « Dictionnaire universel de Commerce » de Savary (1760) ; ils donnent l'un et l'autre cette définition : « *fonds signifie toutes, les marchandises d'un marchand* ».

L'Académie, en 1798, ajoute : « *fonds se dit du capital d'un bien* ». Sous la monarchie de juillet, l'Académie développe son idée (1835) : « *fonds, établissement industriel ou commercial avec ce qui en dépend comme marchandises, ustensiles*, etc. »

La même année, nous pouvons lire dans le « Dictionnaire de législation usuelle » de Chabrol Chaméane (3), l'une des premières mentions qui ait

(1) Introduction au « *Traité pratique et théorique des Fonds de commerce* », par Gaston Lèbre, Paris, 1887.

(2) *Op. cit.*

(3) T. I, Paris ,1835, v. *Fonds de commerce.* Remarquer notamment la distinction bien marquée qui est faite par l'auteur entre les marchandises et l'achanladage ; cette distinction ressort encore de la perception des droits d'enregistrement qui, à cette époque, étaient de 1 % sur la cession de l'achalandage assimilée à celle des créances et de 2 % sur la cession des ustensiles ou marchandises comme vente mobilière.

été faite du « fonds de commerce », par opposition au « fonds » tout court ; il y est dit : « *Un fonds de commerce se compose tout à la fois des marchandises qui se trouvent dans un établissement commercial et de l'achalandage ou clientèle qui en dépend.* »

Cette définition ne change guère, tout en étant plus complète, dans le « Dictionnaire de Commerce » de Guillaumin (1873), d'après lequel « *on donne ce nom (de fonds de commerce) à l'ensemble de choses dont se compose un établissement commercial et qui sont nécessaires à son exploitation : le fonds de commerce comprend donc l'achalandage ou la clientèle, le mobilier industriel, les marchandises existant en magasin et qui peuvent toutefois en être séparées, l'enseigne et les attributs ou signes distinctifs qui servent à l'accréditer* ».

En 1887 M. Lèbre dira : « *Un fonds de commerce est une universalité de fait, formée par l'ensemble des éléments qui constituent un établissement commercial. Les principaux de ces éléments sont : l'achalandage, l'enseigne, le matériel garnissant les lieux et les marchandises en magasin, le droit au bail des lieux où s'exploite ledit fonds de commerce ; en pratique ces éléments sont le plus souvent réunis et contribuent, par leur réunion, à former le fonds de commerce ; mais ils sont indépendants les uns des autres, et le fonds de commerce peut exister*

*avec quelques-uns d'entre eux seulement; ainsi on conçoit un fonds sans matériel ni marchandises, sans enseigne ou sans droit au bail.* »

M. Ruben de Couder en 1879, dans son « Dictionnaire de droit Commercial », définira le fonds de commerce : « *l'ensemble des choses dont se compose un établissement commercial de quelque nature que ce soit. Un fonds de commerce comprend ordinairement trois éléments distincts, savoir : 1°) l'achalandage et la clientèle attachés à l'établissement; 2°) les marchandises existant en magasin; 3°) le droit au bail des lieux où s'exploite l'industrie; cependant ce qui constitue essentiellement le fonds de commerce c'est la clientèle et l'échalandage; mais, comme le lieu où s'exploite le commerce a nécessairement une grande influence sur la clientèle, le droit au bail est en général considéré comme formant une portion importante du fonds; quant aux marchandises, elles peuvent plus facilement être séparées du fonds, dont elles ne sont pour ainsi dire que l'accessoire* ».

Enfin parmi les auteurs contemporains nous pouvons choisir M. Labori (1), d'après lequel « *le fonds de commerce est l'ensemble des éléments qui constituent à l'égard des tiers la personnalité d'un établissement commercial ou industriel et servent à*

(1) Répertoire encyclopédique de Droit français. V. fonds de commerce.

*son exploitation. En réalité, l'essence du fonds de commerce, c'est l'achalandage avec le plus souvent la désignation sous laquelle l'établissement est connu, les marques qui caractérisent ses produits ; d'une façon générale, tout ce qui le distingue pour la clientèle et le rattache à lui. Le matériel de l'exploitation est d'ordinaire compris dans le fonds, mais il en est qu'un élément accessoire et séparable.*

*On s'imagine même des fonds de commerce sans matériel et réduits simplement à la clientèle : il en est ainsi pour certains intermédiaires qui exercent le commerce dans leur appartement. Les marchandises en cours de fabrication, ou prêtes pour la vente, font en principe corps avec le fonds, mais elles ne pourraient être confondues avec lui : l'art.* 17 *de la loi du* 28 *février* 1872 *les a différenciées nettement pour l'application des droits de mutation.*

**115.** Telle est l'évolution curieuse qu'a subie la définition du fonds de commerce ; tout d'abord et sous l'ancien régime, ce qui frappe en lui, c'est la partie purement matérielle, celle que l'on voit, celle qui sert à la spéculation, celle qui se renouvelle sans cesse, en un mot ce stock plus ou moins considérable de marchandises destinées à la vente journalière dans une exploitation commerciale ; puis vers 1830 on s'aperçoit que le fonds de commerce n'est pas ce qu'on croyait généralement : il y a des

fonds sans marchandises, il y a des fonds où les marchandises ne jouent qu'un rôle très secondaire ; petit à petit se fait jour cette idée nouvelle que le fonds de commerce est quelque chose de composite, un tout renfermant de nombreuses parties d'inégale importance et cette notion nouvelle ira s'accentuant toujours jusqu'au moment où l'idée de clientèle, d'achalandage, devenant de plus en plus prépondérante, on en viendra à dire avec Guillaumin en 1873 que « les marchandises existant en magasin peuvent toutefois en être séparées (du fonds proprement dit) ».

De là à l'universalité de fait il n'y a qu'un pas : il fut franchi depuis cette époque et presque tous les juristes admirent qu'il y avait là un ensemble « manquant absolument d'unité, essentiellement complexe, dont les éléments sont en partie incorporels, en partie corporels, ce qui engendre deux sous-difficultés, s'il est permis d'employer une telle expression : difficulté d'apprécier lesquels des éléments corporels ou incorporels sont prépondérants et communiquent leur personnalité au tout ; difficulté d'appliquer les mêmes formalités légales à des éléments aussi opposés par leur nature même que des éléments incorporels et des éléments corporels (1) ».

(1) M. Barbier, *op. cit.*

Ces deux points ayant été traités déjà nous n'y reviendrons pas ici, nous réservant d'en parler encore au cours de l'étude sur la jurisprudence que nous allons entreprendre.

**116.** Avant que la loi de 1898 ne vînt réglementer (d'une manière bien imparfaite il est vrai) la question des fonds de commerce, le négociant qui voulait nantir son fonds devait, tant pour les objets corporels que pour les objets incorporels, observer les prescriptions du Code de 1804.

Lorsqu'il s'agissait des premiers, la loi exigeait une tradition réelle, une dépossession véritable, destinée à montrer aux tiers de façon certaine que le débiteur n'était plus détenteur de la chose.

Dans le cas d'un droit incorporel il ne pouvait plus être question d'une dépossession fictive ayant lieu par la tradition d'un titre et sans aucun signe apparent de nature à instruire les tiers, sauf peut-être, dans le cas de créances, la signification du nantissement prescrite par l'art. 2075 (1).

Qu'on le remarque bien, cet article ne parlait que des droits incorporels du genre des créances mobilières, non des autres droits auxquels il n'est point toujours possible d'appliquer la garantie requise au

(1) Qui dispose : « Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que *les créances mobilières*, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré et *signifié* au débiteur de la créance donnée en gage. »

cas de créances mobilières ; c'est cette omission qui poussa presque fatalement le commerçant, dans la pratique, à faire une signification à l'obligé pour suppléer, dans la mesure du possible, à l'insuffisance de la loi.

Il est incontestable qu'au regard de l'obligé la simple signification peut suffire en ce qui concerne la naissance du privilège; mais elle n'est pas une règle générale qui mettra efficacement les tiers à l'abri; ceux-ci ne sont en aucune façon prévenus du nantissement, c'est-à-dire de la dissimulation de leur gage ; ils sont toujours en droit de supposer que le patrimoine de leur débiteur est intact et de telle sorte le nantissement du fonds peut être pour eux la source d'un préjudice irréparable. L'une des lacunes les plus importantes du Code Civil (nous avons déjà insisté sur ce point) c'est de n'avoir pas su organiser un régime de publicité du nantissement des droits incorporels.

Les art. 2075 et 2076 étaient en effet souvent inapplicables dans les divers cas qui pouvaient se présenter, d'où les difficultés nombreuses qui surgirent et qui bientôt forcèrent le législateur à intervenir.

Les limites que nous nous sommes tracées en abordant ce travail nous interdisent de parler de l'application générale des art. 2075 et 2076 aux droits incorporels ; il nous est impossible de nous

étendre notamment, sur les contestations et les controverses qui divisèrent les auteurs au sujet des créances données en gage dont s'occupe l'art. 2075 ; au sujet de la mise en gage des brevets d'invention, de la propriété littéraire et artistique, des droits d'un cohéritier lorsqu'il s'agit d'une succession indivise, des titres au porteur, etc., etc.; en revanche, nous allons nous efforcer de donner un exposé rapide, mais néanmoins suffisant, de la situation faite au négociant qui, avant la loi de 1898, désirait donner en gage son fonds de commerce.

Il y avait somme toute deux façons principales d'envisager ce nantissement, suivant qu'on ne voulait voir dans le fonds de commerce qu'un ensemble de biens mobiliers individuellement susceptibles d'être donnés en gage, ou au contraire un tout indivisible ayant, suivant les cas, le caractère corporel ou incorporel.

Le premier système, qui ne manquait pas de partisans, avait à coup sûr l'inconvénient majeur de dénier au fonds l'*unité* qui le caractérise; de plus, par suite de la conception qu'il se faisait alors d'un fonds, il rendait impossible pratiquement la mise en gage, puisque, d'après le Code Civil, le commerçant était obligé de se dessaisir et pouvait donc rester à la tête de son exploitation (1).

(1) Les décisions jurisprudentielles ne manquent pas dans ce sens extrême; contentons-nous de citer quelques-uns des motifs

D'après le tribunal de Commerce de la Seine le fonds de commerce ne pouvait donc pas être donné en gage (1), parce qu'il est une parcelle du patrimoine du débiteur et que, le patrimoine étant le gage commun des créanciers, le débiteur ne saurait en soustraire une partie à ces derniers sans leur consentement (2).

**117.** Le second système, qui fut, comme nous allons le voir, celui de la Cour de Cassation, tendait

d'un jugement rendu par le Tribunal de commerce de la Seine, le 9 janvier 1892. (Dupuis contre Buard.)

« Attendu en droit que le contrat de gage est un contrat essentiellement réel ; qu'il est de l'essence de ce contrat que la tradition de l'objet donné en gage soit réellement effectuée et que le débiteur soit dessaisi ; qu'en l'espèce, il est établi qu'il n'y a pas eu remise du gage conformément aux prescriptions de l'art. 2076 du Code civil et que veuve Buard a conservé son fonds ; qu'on ne saurait admettre qu'un commerçant peut valablement donner en nantissement le fonds de commerce où il exploite son industrie et en continuer lui-même, l'exploitation ; qu'il convient donc de reconnaître d'ores et déjà que le contrat de gage dont il s'agit manque des conditions de dessaisissement qui seules justifient le privilège qui s'attache à la qualité de créancier gagiste ;

« Attendu, en outre, que le fonds de commerce d'un commerçant constitue le gage commun et apparent de ses créanciers ; qu'il engendre la foi des tiers et qu'il ne peut dépendre d'un acte resté sans publicité et par conséquent ignoré des intéressés de distraire ce fonds de l'actif de la masse des créanciers. »

(1) Trib. com. de la Seine : Bresson contre Deloy, 24 août 1893 (rapporté dans Magnier et Pruvost ; p. 38 et suiv.) ; Moullé contre Dutillet, 13 décembre 1894, *Journal des faillites*, 1895, p. 81 ; Meichler contre Martinou, 26 février 1895, rapporté dans Magnier et Pruvost, 4. p.3 et suiv.

(2) En ce sens : J.-B. Magnier et Provost, *du nantissement constitué sur les fonds de commerce*, Paris, 1895.

Paris, 26 juillet 1851, D. P. II, 218.

à envisager le fonds de commerce comme un tout indivisible; mais ici deux courants se produisaient : les uns voulaient voir en lui un meuble incorporel dans tous les cas (1), les autres, avec la Cour de Cassation, un meuble tantôt incorporel, tantôt corporel, suivant la prédominance des éléments incorporels ou corporels.

**118.** Le point de départ de la jurisprudence nouvelle est tellement connu que nous avons pu hésiter à entrer dans les détails de l'affaire qui vint le 7 août 1885 devant le tribunal de Commerce de Grenoble ; pour la parfaite intelligence de la matière nous en parlerons néanmoins et nous sommes convaincu qu'en ce faisant nous ne perdrons point notre temps.

Voici les faits :

Les époux Bourgeois, propriétaires à Cannes du « Splendide Hôtel », avaient cédé ce fonds aux époux Robin en 1881 moyennant 150.000 francs ; la vente portait sur l'achalandage, la clientèle le matériel et le droit au bail.

Les époux Robin ayant emprunté 40.000 francs (qu'ils payèrent comptant) à un nommé Poydenot, lui donnèrent en sûreté le fonds qu'ils venaient

(1) Lèbre : *Op. cit.*
Boistel : *Précis de Droit commercial ;* Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n. 240°

d'acheter ; celui-ci signifia l'acte d'achat au propriétaire, croyant assurer le dessaisissement. Les acheteurs revendirent en 1884 leur fonds de commerce au nommé Bonfils pour la somme de 172.500 francs.

Sur les entrefaites les époux Robin tombèrent en faillite et M. Poydenot produisit pour 40.000 francs à titre privilégié (1) ; par suite de difficultés survenues entre Poydenot et le syndic, un jugement fut rendu le 7 août 1885 par le tribunal de Commerce de Grenoble.

**119.** De cette décision il résultait que, *dans l'espèce*, le matériel industriel et le mobilier qui étaient compris dans le nantissement, constituant la partie principale du fonds, il aurait fallu, de toute nécessité, un acte extérieur, un dessaisissement, pour mettre les tiers au courant de ce qui se produisait et pour faire naître le privilège ; par suite les époux Robin, n'ayant pas cessé d'exploiter leur fonds, il était impossible de recevoir une demande d'admission par privilège (2).

(1) Comme créancier gagiste.

(2) Il est à remarquer que cette décision n'est point aussi explicite qu'on a bien voulu le dire, car, en somme, le Tribunal de commerce de Grenoble ne prétend pas affirmer que tout nantissement de fonds de commerce est nul. Sous ce rapport, il y a un progrès véritable sur cet arrêt rendu le 26 juillet 1851 (D. P. 52, III, 218) par la Cour de Paris et d'après lequel « les seuls objets susceptibles d'être mis en gage étant ceux qui peuvent

**120.** La Cour de Grenoble devant laquelle on appela de ce jugement l'infirma le 18 avril 1886 par ces motifs que le fonds de commerce constitue une véritable *universalité juridique* dans laquelle figurent: « l'achalandage le nom et l'enseigne, les ustensiles et marchandises, les créances actives et passives, les divers droits utiles se rattachant à l'exploitation, tels que le droit au bail, et que la réunion de ces éléments divers forme l'universalité qu'on appelle un fonds de commerce (1) ».

être tranmis entre les mains du gagiste, ou d'un tiers convenu, il est de l'essence de ce contrat que cette tradition soit effectuée et que le débiteur soit dessaisi ; attendu que ces principes ne peuvent plus trouver leur application au cas dont s'agit..... que les significations de la convention..... ne sauraient équivaloir à une tradition même symbolique ; qu'à l'égard même du fonds de commerce ou achalandage, le contrat ne peut non plus s'effectuer valablement puisque l'industrie n'a pas cessé d'être aux mains du débiteur et exercée par lui ; que ce contrat manque donc des conditions de dépossession qui sont les conditions du privilège, etc..... »

(1) L'arrêt de 1886 est motivé comme suit :

« Attendu qu'il résulte de la doctrine et de la jurisprudence que les principaux éléments dont se compose, en général, un fonds de commerce, sont : 1°) l'achalandage, le nom et l'enseigne ; 2°) les ustensiles et marchandises ; 3°) les créances actives et passives ; 4°) les divers droits utiles se rattachant à l'exploitation, tels que le droit au bail ; et que la réunion de ces éléments divers forme l'universalité qu'on appelle un fonds de commerce ;

« Attendu que le fonds de commerce composé de ces divers éléments constitue un meuble incorporel, et que tous les droits incorporels, sans exception, pouvant, suivant la jurisprudence de la Cour de Cassation, être donnés en gage, le fonds de commerce dont s'agit était indubitablement susceptible de faire l'objet d'un contrat de cette nature ; que tant dans la vente passée par Bourgeois à Robin que dans la vente faite par Robin à Bonfils, les parties ont considéré la clientèle, la dénomination de l'établisse-

Il est incontestable que d'après cet arrêt le fonds de commerce est un meuble incorporel, que d'autre

ment vendu, le droit au bail, le matériel mobilier et industriel, comme faisant un seul tout, qu'ils ont résumé sous la dénomination collective de fonds de commerce, lequel a été vendu par un prix unique.

« Attendu que le refus du Tribunal à voir dans le fonds de commerce un meuble incorporel repose sur cette idée chimérique que le mobilier et le matériel industriel compris dans la vente l'emportait de beaucoup en valeur sur les autres choses vendues tels que l'achalandage, le nom de l'hôtel et le droit au bail, d'où la conséquence que le caractère juridique à attribuer au fonds de commerce vendue doit être déterminé par la nature des éléments qui représentent dans la vente la valeur la plus importante et que ces éléments étant d'une nature purement mobilière, on ne peut qualifier le fonds de commerce vendu de meuble incorporel, d'où il suivrait que l'article 2075 du Code Civil ne serait pas applicable à l'espèce ;

« Mais attendu que cette appréciation du Tribunal ne repose sur aucun fondement, et qu'il n'existe pas dans la cause des éléments qui aient permis aux premiers juges de distinguer entre la valeur du mobilier proprement dit et les autres articles qui ont fait l'objet des actes précités ; qu'il n'est pas rare de voir, dans les ventes de cette nature, comprendre l'achalandage, le nom et le droit aux baux pour une valeur supérieure à celle du mobilier industriel ; mais qu'au surplus l'appréciation du tribunal est absolument contraire au principe consacré sans contestation par la jurisprudence, qu'un fonds de commerce, quels que soient les éléments qui le constituent, est un meuble incorporel ;

« Attendu qu'étant de principe que tous les droits incorporels peuvent, sans exception, suivant la jurisprudence de la Cour de Cassation, être donnés en gage, il n'est pas douteux que le fonds de commerce dont s'agit a pu faire l'objet d'un contrat de cette nature et qu'il n'y a donc plus qu'à apprécier la question de savoir si les règles prescrites par les articles 2075 et 2076 du Code civil ont été régulièrement observées ;

« Attendu que le nantissement a été consenti par l'acte publié du 27 décembre 1881, par devant Me Godet, notaire à Paris, dûment enregistré; que ce titre a été remis à Poydenot et que signification a été faite au sieur Morlot, propriétaire et bailleur de l'immeuble ;

« Attendu que, suivant la doctrine et la jurisprudence, la remise

part il est susceptible de faire l'objet d'un contrat de gage et qu'il faut par conséquent appliquer ici les

du titre conférant un gage sur un meuble incorporel suffit pour opérer la mise en possession de son gage en faveur du créancier gagiste, et que cette formalité répond suffisamment au vœu des articles 2075 et 2076 du Code Civil sans qu'il soit besoin d'une tradition effective de la chose donnée en gage ; qu'aux termes de l'article 2075, l'acte contenant la constitution du gage doit être signifié au débiteur de la créance donnée en gage, formalité qui doit compléter la tradition symbolique exigée, que cette signification a été faite pour le droit au bail, mais qu'elle n'a pu l'être pour le surplus du fonds de commerce donné en gage; que si cette signification n'a pas été faite, c'est par la raison péremptoire que pour le surplus il n'y a pas de débiteur ;

« Attendu qu'en prescrivant la signification au débiteur de la créance donnée en gage, l'article 2075 a eu en vue les cas les plus extraordinaires, tels que donation en gage d'une créance ou d'un droit au bail, cas dans lesquels on rencontre, en effet, un débiteur auquel la signification doit être faite ; mais que l'omission d'une formalité, impossible faute d'objet, ne saurait affecter la validité d'une constitution de gage sur un fonds de commerce reconnu être un meuble incorporel, et par là même susceptible d'être donné en gage aux termes de l'article 2075 et de la jurisprudence la mieux établie.

« Attendu que, par la signification faite au bailleur, Poydenot a fait tout ce qu'il était possible de faire et qu'il a rempli toutes les formalités exigées par la loi ; qu'il arrive pour l'espèce actuelle ce qui arrive pour le cas de dation en gage d'un brevet d'invention, cas où il n'y a pas de débiteur de l'objet donné en gage, et que, bien qu'aucune signification à un débiteur inexistant ne soit possible en raison de la nature des choses engagée, la jurisprudence n'en décide pas moins que la remise du titre du créancier suffit à toutes les exigences de la loi ; qu'au surplus on peut dire que, dans la cause, l'élément essentiel du fonds de commerce du « Splendide Hôtel » de Cannes est le local où ce fonds est exploité et connu, local dont la jouissance est assurée par le bail seul, que le fonds de commerce formant, ainsi qu'il a été dit, un *universum jus* non susceptible de démembrement, il est rationnel de considérer la partie matérielle de ce fonds comme un accessoire inséparable du droit au bail ; que, dès lors, ce droit de créance ayant régulièrement fait l'objet d'un gage à l'égard de Poydenot, soit par la remise

textes qui régissent la matière, à savoir les art. 2075 et 2076 du Code Civil.

La Cour déclare encore que le dessaisissement matériel n'est pas indispensable et que Poydenot et le propriétaire de l'immeuble ont fait ce qu'ils avaient à faire, car, dit-elle en substance, le local d'exploitation est la partie la plus importante du fonds dont les autres éléments ne sont que l'accessoire.

Dès lors il suffit évidemment de signifier l'acte de nantissement au bailleur et de mettre le créancier en possession des titres de propriété et de l'acte de bail.

**121.** M. Blanc, le syndic, n'accepta pas cette façon de voir et se pourvut en Cassation, d'où l'arrêt fondamental et très intéressant du 13 mars 1888 qui pose en principe, à l'appui de la Cour de Grenoble que « la partie essentielle d'un fonds de commerce de cette nature est l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail ; que ce sont principalement ces éléments qui les constituent et que le mobilier propre-

entre ses mains du titre de ce droit, soit par la notification faite à Morlot, le privilège qui en résulte au profit de Poydenot sur le prix du fonds de commerce du splendide hôtel doit être maintenu ;

« Attendu encore qu'en admettant que le droit au bail seul eût pu faire l'objet d'un nantisssement régulier, la Cour a des éléments suffisants pour admettre que, dans l'espèce, ce droit a une valeur supérieure à la créance de Poydenot... »

ment dit n'est qu'un instrument de son exploitation (1) ».

La Cour, dans cet arrêt, insistait tout particulièrement sur ce fait que suivant les cas (laissés à l'appréciation du juge) le fonds doit être considéré

(1) « La Cour : sur le moyen unique pris de la violation et fausse application des articles 2075, 2076, 2102 du Code Civil, 91 et 92 du Code de Commerce ;

« Attendu que, par acte notarié du 27 décembre 1881, les époux Robin ont par sûreté d'un prêt de 40.000 francs, donné en nantissement à Poydenot le fonds de commerce désigné sous le nom de « Splendide Hôtel » par eux exploité à Cannes, et comprenant la clientèle et l'achalandage, le droit au bail de l'immeuble, le mobilier et le matériel servant à l'exploitation;

« Attendu que ledit fonds de commerce constituait ainsi une universalité juridique composée d'éléments divers dont les uns, le matériel et le mobilier, étaient des meubles corporels, et dont les autres, le titre, l'achalandage et le droit au bail, avaient le caractère de meubles incorporels ;

« Attendu que la partie essentielle d'un fonds de commerce de cette nature est l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail ; que ce sont principalement ces éléments qui les constituent et que le mobilier proprement dit n'est qu'un instrument de son exploitation ;

« Attendu, d'ailleurs, que l'arrêt attaqué déclare que, dans l'espèce, rien ne permet d'attribuer au mobilier et au matériel une valeur supérieure à celle des autres éléments du fonds de commerce, objet du nantissement ; qu'en jugeant dans ces circonstances que ledit fonds de commerce, pris dans son ensemble, était un meuble incorporel, la Cour de Grenoble n'a violé aucune loi ;

« Attendu que lorsque la chose donnée en gage est incorporelle, pour opérer la constitution du nantissement et la création du privilège, il faut, mais il suffit : 1°) que le créancier gagiste ait signifié l'acte de nantissement au débiteur de la chose engagée ; 2°) que celui qui constitue le gage ait remis au créancier gagiste le titre établissant son droit sur la chose engagée ; que dans ce cas, en effet, la tradition matérielle étant impossible, la mise et le maintien en possession du gage, exigés par l'article 2076, résultent de la remise et de la détention du titre aux mains du créancier ;

« Attendu que, lorsque ce titre est un acte authentique, ce serait ajouter à la loi que d'exiger la remise de la grosse ; que la

tantôt comme un droit incorporel tantôt comme une chose mobilière et corporelle (1), la jurisprudence fit de même : le fonds avait-il le caractère de meuble incorporel, il suffisait d'observer la remise des titres constitutifs de propriété et la remise du bail à laquelle on joignait, en vertu de l'art. 2075, la signification de l'acte de nantissement au propriétaire de l'immeuble d'exploitation ; le fonds était-il considéré au contraire, comme un meuble corporel, le dessaisissement effectif, tel qu'il est prévu par l'art. 2076, devait avoir lieu pour conserver l'existence du privilège (2).

remise d'une expédition suffit pour opérer le dessaisissement du débiteur et l'investissement du créancier et satisfait aux prescriptions légales ;

« Attendu qu'il est constaté par l'arrêt attaqué que les époux Robin ont remis à Poydenot, au moment même où le nantissement était par eux consenti, une expédition de l'acte notarié établissant leur droit sur le fonds de commerce du « Splendide Hôtel » et que Poydenot a, par exploit du 27 janvier 1882, fait signifier l'acte de nantissement au propriétaire de l'immeuble ;

« D'où il suit que l'arrêt attaqué, en déclarant que, dans l'espèce, le nantissement était régulier et devait produire tous ses effets légaux, n'a fait qu'une exacte application de la loi : Rejette. (13 mars 1888. Chambre des Req.).

(1) « Attendu que lorsque la chose donnée en gage est incorporelle »..... dit la Cour..... « Attendu qu'en jugeant dans ces circonstances que ledit fonds de commerce était un meuble incorporel, la Cour de Grenoble n'a violé aucune loi..... »

(2) Ce cas s'est présenté rarement, car on considérait comme presque impossible, en doctrine, la prédominance de l'élément matériel ; de plus en plus en effet la tendance s'accentuait qui voulait voir dans le fonds de commerce un meuble toujours incorporel.

En sens contraire : Paris, 7 novembre 1898, *Gaz. du Pal.*, 98, II, 603.

Or il est incontestable que l'art. 2076 ne peut laisser aucun doute sur la pensée du législateur : « Dans tous les cas... » dit cet article, « le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. »

**122**. La dépossession effective, le dessaisissement réel, telle est l'idée maîtresse du texte et, qu'on le remarque bien, rien ne peut légitimer ici le système commode pour le débiteur, funeste aux créanciers, qui s'est fait jour sous le nom de « *dépossession symbolique !* »

Contraire à la lettre de la loi comme à son esprit, cette théorie est une création de la jurisprudence nécessitée jusqu'à un certain point par l'insuffisance de la loi ; on ne saurait assez répéter qu'elle est antijuridique, antilégale, puisqu'il ne saurait appartenir, dans aucun cas, aux tribunaux de légiférer. Non seulement le système de la « dépossession symbolique » est antilégal, il est encore inefficace.

Quel est en effet le tiers qu'on se donne la peine d'avertir? Le seul qui n'ait pas besoin de l'être !

En sa qualité de propriétaire, il jouit en effet du privilège du bailleur (1) et ce privilège prime celui du créancier gagiste !

(1) Art. 2102, al. pr.

Vis-à-vis des autres tiers pas la moindre précaution n'est prise ; ceux-ci pourront toujours penser, d'après des apparences trompeuses, que le débiteur est véritable et incommutable propriétaire du fonds, que sa solvabilité reste parfaite, qu'ils n'ont rien à craindre pour leurs créances, jusqu'au jour où leur gage commun s'évanouit en fumée par suite de l'insuffisance d'actif.

**123.** Ce qui, somme toute, donne à l'arrêt du 13 mars 1888 une véritable portée juridique, c'est qu'on y trouve enfin l'esquisse d'une définition : « Attendu, dit la Cour, que ledit fonds de commerce constituait ainsi une universalité juridique composée d'éléments divers dont les uns, le matériel et le mobilier, étaient des meubles corporels, et dont les autres, le titre, l'achalandage et le droit au bail, avaient le caractère de meubles incorporels ; attendu que la partie essentielle d'un fonds de commerce de cette nature est l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail; que ce sont principalement les éléments qui le constituent et que le mobilier proprement dit n'est qu'un instrument de son exploitation. »

L'arrêt parle d'*Universalité juridique* ; nous avons vu ce qu'il fallait entendre par là et nous ne serions pas éloigné de croire, avec de bons auteurs, que l'adjectif *juridique* a été une « erreur de plume » de sa part ; notre avis a toujours été celui que nous

avons fait connaître en son temps, à savoir que le fonds de commerce est une universalité de fait, d'une nature spéciale, indivisible au point de vue économique et commercial pour la facilité des opérations, divisible matériellement, au contraire, par suite de l'accord des parties (1).

**124.** Au point de vue théorique, un pas important avait été fait par la jurisprudence ; au point de vue pratique il n'en était pas de même, la loi n'ayant pas encore créé un mode de publicité suffisant pour mettre les tiers à l'abri ; c'est l'explication de la jurisprudence qui suivit, c'est la raison du conflit aigu qui s'éleva entre les tribunaux de Commerce et les Cours d'Appel.

D'une part, en effet, la Cour de Cassation proclamait la légitimité de la tradition symbolique absolument dénuée de publicité; d'autre part les tribunaux de Commerce (qui pouvaient suivre de plus près les inconvénients d'une semblable doctrine) s'insurgeaient contre cette idée nouvelle et déclaraient que la validité du gage ne pouvait résulter que de la dépossession effective du débiteur en conformité avec l'art. 2076.

(1) Barbier : *op. et loc. cit.*
Wahl : Note sous S. 97, II, 89.
Laurent : *Principes de Droit civil français*, t. V, 419.
Il est à noter toutefois qu'on n'a jamais fait entrer dans la notion du fonds de commerce les créances et les dettes provenant de l'exploitation.

On peut reprocher encore à la Cour de Cassation d'avoir voulu, dans tous les cas où le fonds de commerce peut être considéré comme meuble incorporel, lui appliquer l'art. 2075 alors que cet article, qui vise spécialement les créances, n'est en aucune façon applicable à tous les meubles incorporels sans distinction; ce n'est pas en effet la transmission des titres du débiteur au créancier gagiste qui opérera le dessaisissement des marchandises et du matériel !

En résumé, la Cour de Cassation allant à l'encontre des principes posés dans l'art. 2119 du Code Civil et dont nous avons eu l'occasion de nous entretenir plus haut, reconnaissait la validité d'une constitution d'hypothèque sur un fonds de commerce et cette hypothèque occulte devenait la source de difficultés sans nombre qui rendaient cette nouvelle institution non seulement inefficace pour le débiteur, mais encore dangereuse pour les tiers !

**125.** Qu'arriva-t-il ? les Cours d'Appel se rallièrent, comme c'était à prévoir, au principe formulé par la Cour suprême ; les tribunaux de Commerce, au contraire, refusèrent de s'incliner et n'admirent la validité du nantissement que lorsqu'il y avait un dessaisissement effectif et incontestable (1) en passant rapidement en revue cette double jurispru-

(1) On peut se rendre compte de cette divergence fondamentale

dence, nous pourrons plus facilement nous rendre compte de l'état de la question du nantissement entre l'arrêt de 1888 et la loi du 1er mars 1898.

entre les Cours d'appel et les Tribunaux de commerce en parcourant les décisions suivantes :

*Cours d'Appels et Tribunaux civils*

*Trib. civ. de la Seine*, 13 nov. 1894.
— 15 janv. 1895.
(*Ann. de Dr. com.*, 1895, 28).
Paris 22 oct. 96. D. P. 1897, II, 343.
— 24 déc. 96. D. P. 1898, II, 23.
— 6 juin 96. D. P. 1898, II, 471.
— 7 août 97. *Journ. Trib. com.*, 98, n° 14136, p. 481.
— 4 janv. 96. S. 1897, II, 89.
— 22 juillet 96. *J. Trib. com.*, 99, n° 13760, p. 373.
— 21 juill. 97. D. P., 93, II, 108.
— 2 nov. 98. D. P., 99, II, 194.
Lyon, 14 mars 95. S. 97, II, 89.
Riom., 30 mars 92. D. P. 92, II, 220.

*Tribunaux de commerce*

Trib. com. Seine 4 avril 94. S. 97, II, 89.
— 26 juill. 94. *Gaz. du Pal.* 95, I, 67.
— 4 août 94. S. 97, II, 89.
— 9 janv. 92. *Gaz. du Pal.* 92, I, 327.
— 26 fév. 95. S. 97, II, 89.
— 16 août 95. J. Trib. com. 96, n° 133396, p. 25
— 18 janv. 96. S. 97, II, 89.
— 24 août 93. S. 97, II, 89.
— 6 mars 96. *Gaz. du Pal.* 96, I, 591.
Trib. com. de Lyon, 10 mai 98. *Gaz. du Pal.* 98, II, 289.
Trib. com. Saint-Étienne, 10 janv. 94. J. Trib. com. 95, n° 13287, p. 809.

## I

### Les Cours d'Appel et les Tribunaux Civils

**126.** Il y a tout d'abord un point sur lequel il importe de se mettre d'accord, c'est que l'arrêt de la Cour de Cassation du 13 mars 1888 est un *arrêt d'espèce*, mais un arrêt d'espèce d'une nature telle qu'en l'occurrence il devient pour ainsi dire un arrêt de principe, tant il est rare de rencontrer, de nos jours, des fonds de commerce dont l'élément corporel est prédominant.

**127.** Si nous suivons l'ordre chronologique nous trouvons d'abord l'*arrêt de Riom* (précité) qui adhère à la théorie de la Cour suprême mais à l'occasion d'une vente publique de fonds de commerce ; puis celui de *Paris* (précité) de 1892, qui déclare que, « malgré la diversité des éléments dont il se compose, un fonds de commerce n'en est pas moins une chose unique, ayant une existence propre et indépendante de ses parties ; que, pour déterminer la nature juridique de cette chose, les principes généraux du droit commandent de s'attacher à ses éléments et de leur accorder la prédominance sur ceux qui n'en sont qu'accessoires ; que les éléments essentiels d'un

établissement commercial, ceux qui en constituent réellement « le fonds » sont : le titre, l'enseigne et l'achalandage, sans lesquels il ne saurait subsister dans son identité ; que le matériel, les ustensils et les marchandises, simples moyens d'exploitation qui peuvent être changés ou modifiés sans que l'existence même du fonds de commerce en soit affectée, n'en sont que les éléments accessoires ; que le titre, l'enseigne et l'achalandage, étant de nature mobilière et incorporelle, il en résulte que le fonds de commerce tout entier revêt le même caractère ; que telle d'ailleurs a été la volonté des parties et qu'on ne saurait lui attribuer un autre caractère sans dénaturer leur convention ; qu'aux termes de l'art. 2071 du Code Civil le nantissement s'opère par la remise au créancier de la chose qui lui a été donnée en gage; que, les meubles incorporels n'étant pas susceptibles d'appréhension physique, leur tradition ne peut s'effectuer que par la remise des titres qui en sont la représentation, que les sieurs Hartmann et Martin ont donc été régulièrement nantis par la remise que la demoiselle Rodez leur a faite de ses titres de propriété sur le fonds de commerce, qu'elle leur a donné en gage; que, s'il en était autrement le nantissement d'un établissement commercial serait impossible ; qu'en effet, la signification prescrite par l'art. 2075 pour le nantissement des créances, ne peut avoir lieu dans le cas où la chose

donnée en gage est la propriété du débiteur et où il a sur elle un droit réel, absolu, opposable à tous; *que, la loi ayant décidé qu'en cas de vente la tradition des choses incorporelles se fait par la remise des titres, il y a lieu d'admettre par analogie de motifs que cette même remise de titres est suffisante en cas de nantissement ;* que le syndic objecte vainement qu'en tous cas le nantissement n'a pas pu s'établir sur le matériel et les marchandises puisqu'ils auraient pu être livrés effectivement aux tiers Hartmann et Martin..... que, quelle que soit au fait la réalité du danger signalé par le syndic, la loi est restée muette sur les moyens de le prévenir et qu'il n'appartient pas aux juges d'ajouter à ses dispositions ». Admettant donc en somme que la simple remise des titres de propriété est nécessaire et suffisante pour opérer le dessaisissement.

**128.** Dans toute la série d'arrêts que nous rappellions plus haut, en note, il ne s'en trouve guère qu'un, celui du 2 novembre 1898, dernier en date, qui ne soit pas de l'avis de la Cour de Cassation; et encore n'ose-t-il pas aller franchement à l'encontre de la théorie de la Cour suprême : il se contente de dire que *dans l'espèce* l'élément matériel l'emporte et que, par conséquent, le dessaisissement effectif s'impose : « Considérant, dit la Cour de Paris, qu'il résulte des pièces du procès que les droits incorpo-

rels cédés n'étaient pas la partie principale et essentielle des objets donnés en gage et qu'au contraire les meubles corporels en constituaient la réelle valeur pour la plus grande partie ; considérant que le caractère juridique d'une *universalité de fait* ainsi créée par des emprunteurs, doit ressortir de son élément principal et que, dans l'espèce, cet élément dominant était le matériel et le mobilier des époux Cabridens ; considérant que le gage était dès lors incorporel ; qu'à l'encontre des tiers, les seuls notifications n'ont pu opérer le dessaisissement de leurs débiteurs et qu'à leur égard le nantissement du 30 avril 1894 dans son ensemble est de nul effet..... »

**129.** On peut donc dire que, d'une façon générale, la jurisprudence des Cours d'Appel et des tribunaux civils est la copie assez fidèle de la jurisprudence de la Cour de Cassation elle-même; sans doute, sur certains points de détail, il se rencontre des divergences ; mais dans les grandes lignes on peut dire qu'on adopte le nantissement avec tradition symbolique et qu'on tend de plus en plus à admettre que le fonds de commerce est, dans tous les cas, un meuble incorporel : l'arrêt du 2 novembre 1898, nous l'avons dit, est une véritable exception, exception isolée et timide qui fortifie encore davantage, peut-être, le principe que nous venons de poser.

**130.** Notons ici que la jurisprudence de la Cour de Cassation, comme celle des Cours d'appel, comme celle aussi de certains tribunaux civils, est absolument contraire à la loi qui régissait le gage à cette époque : on procédait par analogie, on tâchait de mettre d'accord le Code et la pratique, jamais on n'appliquait véritablement l'art. 2076, parce qu'il y avait là une impossibilité matérielle qu'il n'appartenait pas au juge de faire disparaître.

Il fallait aboutir à une définition précise du fonds de commerce, il fallait organiser un régime de publicité véritablement efficace, il fallait concilier l'intérêt du débiteur avec l'intérêt des créanciers : il n'y avait donc plus qu'un moyen de mettre fin au conflit d'opinions, c'était de recourir au législateur.

## II

### Les Tribunaux de Commerce

**131.** Il nous a paru inutile d'insister davantage sur la jurisprudence que nous venons d'exposer ; outre qu'elle n'offre plus aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif, il a tellement été écrit sur ce sujet que nous préférons donner ici un bref aperçu qui permette de se faire une idée de la tendance générale des Cours et des tribunaux pour l'opposer dès mainte-

nant à la conception toute différente des tribunaux consulaires.

**132.** Il est un fait indéniable, c'est que, s'il y a des juges tout particulièrement compétents en matière commerciale, ce sont bien ceux qui par leur position, par leurs fonctions, vivent parmi les commerçants, connaissent leurs besoins et leurs usages, jugent leurs différends, saisissent aussi, mieux que d'autres, ces mille détails qui échappent au vulgaire, mais qui sont de la plus haute importance pour des professionnels du commerce et de l'industrie.

Lorsque, par un avis unanime, mainte et mainte fois répété, sérieusement et judicieusement motivé, ces juges dont nous parlons ont fait connaître leur façon de voir et que leur opinion éclairée contrecarre les arrêts de la juridiction de droit commun, c'est qu'il existe un conflit de la plus sérieuse gravité auquel il faut mettre fin.

Mais, lorsqu'il arrive, par surcroît, que les tribunaux qui sont chargés de faire respecter la loi, de la protéger contre toute atteinte, la violent sans scrupule, fût-ce sous la plus impérieuse des nécessités, fût-ce sous le prétexte de son insuffisance absolue, alors c'est le législateur qui doit entrer en scène, s'informer des récriminations qui s'élèvent de toute part, donner la préférence à celles qui émanent de juges compétents qui ont refusé de suivre la Cour de

Cassation dans ses errements et qui se sont contentés de souligner chaque jour les imperfections d'une législation défectueuse.

Nous allons dire quelques mots de la jurisprudence des tribunaux consulaires et nous verrons que la conclusion qui s'impose est celle-là même que nous faisions pressentir plus haut et que nous venons d'indiquer.

**133.** L'arrêt du 13 mars 1888 fut un coup de foudre qui provoqua un moment de panique et d'hésitation. On se demanda si oui ou non la Cour suprême avait bien compris les difficultés présentes, si en un mot elle avait bien jugé.

**134.** Un instant les juges consulaires de la Seine admirent la thèse de la Cour de Cassation et, non contents d'adhérer à son principe, ils allèrent même jusqu'à emprunter ses motifs et son style (1) :

« Attendu que Lesage, syndic de dame Rodez, fait plaider qu'un fonds de commerce est un meuble d'une nature telle qu'il ne saurait être donné en gage ; qu'il conteste ainsi la validité du nantissement dont excipent Hartmann et Martin et demande qu'il lui soit donné acte de ce qu'il déclare être prêt à les admettre au passif de la faillite de dame Rodez,

(1) Trib. com. de la Seine, 5 juin 1891, D. P., 93, II, 108. Syndic de faillite Rodez contre Hartmann et Martin.

pour le montant de leurs créances, mais à titre chirographaire ; que subsidiairement il soutient qu'en admettant que le droit au bail puisse faire l'objet d'un contrat de nantissement cette constitution ne saurait être valable que pour les sommes restant libres sur les loyers d'avance et le droit au bail, et fait offre d'admettre Hartmann et Martin, par privilège, à concurrence seulement du montant desdits loyers d'avance, proportionnellement à la créance de chacun d'eux et pour le surplus à titre chirographaire; mais, attendu que le fonds de commerce de dame Rodez constituait avec le droit au bail, le mobilier et le matériel servant à l'exploitation du fonds, une universalité juridique composée d'éléments divers dont les uns, le matériel et le mobilier, étaient des meubles corporels, et dont les autres, le titre, l'achalandage et le droit au bail avaient le caractère de meubles incorporels ; attendu que la partie essentielle d'un fonds de commerce de cette nature est l'enseigne, l'achalandage et le droit au bail ; que ce sont principalement les éléments qui le constituent et que le mobilier proprement dit n'est qu'un instrument de son exploitation, alors et surtout que, comme dans l'espèce, rien ne permet d'attribuer au matériel une valeur supérieure à celle des autres éléments du fonds de commerce, objet du nantissement ; attendu que le principe qu'un fonds de commerce, quels que soient les éléments qui le

constituent, est un meuble incorporel, est consacré sans contestation par la jurisprudence, qu'il est encore de principe, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, que tous les droits incorporels peuvent, sans exception, être donnés en gage; qu'en effet l'on ne saurait admettre que celui qui possède un droit incorporel ne puisse en disposer en observant les règles prescrites par la loi ; que le fonds de commerce dont il s'agit a donc pu valablement faire l'objet d'un contrat de nantissement ; qu'il convient seulement d'apprécier si les règles prescrites par les art. 2075 et 2076 C. civ. ont été régulièrement observées »..... (suivent les équivalents admis par la Cour pour suppléer aux formalités inaplicables de ces articles).

**135.** Mais cette docilité apparente ne fut que passagère; bientôt le bon sens, la logique, la saine interprétation des textes prirent le dessus et dès le 9 janvier 1892 nous avons à signaler une décision de ce même tribunal qui tranche de façon bizarre avec celle dont nous venons de parler (1).

« Attendu, dit-il, qu'il y a lieu d'examiner si, comme le prétend veuve Dupuis, la simple remise du bail et la significaion du contrat de gage faite au bailleur ont suffi pour la constituer créan-

(1) Trib. com. Seine, 9 janv. 1892. Dupuis contre faillite Buard. *J. Trib. com.*, 93, n° 12492, p. 142. Voir aussi la note.

cière gagiste du fonds de commerce précité; attendu en droit, que le contrat de gage est un contrat essentiellement réel ; qu'il est de l'essence de ce contrat que la tradition de l'objet donné en gage soit réellement effectuée, et que le débiteur soit dessaisi ; qu'en l'espèce, il est établi qu'il n'y a pas eu remise du gage conformément aux prescriptions de l'art. 2076 C. civ. et que veuve Buard a conservé son fonds : qu'on ne saurait admettre qu'un commerçant peut valablement donner en nantissement le fonds de commerce où il exploite son industrie et en continuer lui-même l'exploitation ; qu'il convient donc de reconnaître d'ores et déjà que le contrat de gage dont il s'agit manque des conditions de dessaisissement qui seules justifient le privilège qui s'attache à la qualité de créancier gagiste; attendu, en outre, que le fonds de commerce d'un commerçant constitue le gage commun et apparent de ses créanciers ; qu'il engendre la foi des tiers et qu'il ne peut dépendre d'un acte resté sans publicité et par conséquent ignoré des intéressés, de distraire ce fonds de l'actif de la masse des créanciers, etc. »

**136.** Il est d'usage de donner à l'appui de ce que nous disons en ce moment un jugement rendu par le tribunal de Commerce de Saint-Étienne en 1894 (1)

(1) Trib. com. Saint-Étienne, 10 jann. 1894. *J. Trib. com.*, 95, n° 13287, p. 809.

duquel ressort clairement la théorie du fonds de commerce meuble corporel, lorsque l'élément corporel est prédominant; citons-en quelques passages, pour être complet :

« Attendu que le contrat de gage des meubles incorporels est régi, en matière de commerce, non seulement par les dispositions des art. 2075 et 2706 du C. civ. mais encore par celles des art. 91 et 92 du C. de commerce ; qu'il est spécialement de l'essence de ce contrat que le privilège en résultant ne peut être obtenu et conservé qu'autant que l'objet donné en gage a pu être mis, et de fait a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties,. . . . . Attendu que la fiction juridique qui assimile un fonds de commerce à un droit incorporel ne peut empêcher que ce fonds ne soit inséparable des éléments matériels qui font connaître son existence aux tiers ; qu'un fonds de commerce constitue, au premier chef, un actif apparent sur l'importance duquel les tiers règlent généralement leur crédit ; que c'est donc aller contre les principes fondamentaux de la loi du gage que de considérer comme valable la dation en gage d'un fonds de commerce, dont le débiteur conserve la possession et continue l'exploitation ; attendu que les formalités de remise d'acte d'acquisition et de signification du contrat de gage, accomplies par Martel, ne paraissent pas au tribunal

suffisantes pour lui assurer le privilège qu'il revendique ; que dans la pensée du tribunal décider le contraire serait, non pas appliquer la loi, mais la faire ; qu'en matière de privilège, tout est de droit étroit et que, la loi ayant prescrit la tradition matérielle, il en résulte que toutes les fois que cette formalité n'est pas accomplie le contrat de gage reste imparfait..... ; attendu qu'un principe certain domine, en matière de gage ; qu'il faut que le débiteur se dessaisisse et de plus se dessaisisse ostensiblement ; que la sécurité du commerce exige que ce déplacement montre la mesure du crédit qu'il convient d'attribuer au débiteur ; que dès lors, de deux choses l'une : ou la tradition matérielle de l'objet remis en gage est impossible parce que cet objet ne se prête pas à une appréhension physique, et alors l'objet dont il s'agit ne peut entrer dans la combinaison d'un contrat de gage, ou cette tradition est possible et alors la chose proposée en nantissement peut faire l'objet d'un contrat de gage ; mais dans ce cas elle doit, pendant toute la durée du contrat, être possédée par le créancier gagiste; attendu que dans les espèces où la jurisprudence a consacré le principe du privilège du créancier gagiste, c'était parce que le principal élément ou reconnu tel, soit le titre, l'enseigne, le droit au bail et l'achalandage, était jugé avoir une valeur de beaucoup supérieure à l'accessoire, soit le mobilier, le matériel et les mar-

chandises ; mais que dans l'espèce actuelle il ne saurait en être ainsi..... d'où la conséquence que dans l'espèce actuelle les marchandises sont le principal, et le titre, l'enseigne, le droit au bail et l'achalandage, l'accessoire ; d'où encore cette autre conséquence, tirée de la jurisprudence même invoquée, que le principal réglant les conditions de l'accessoire, et le principal, dans l'espèce, étant susceptible d'appréhension physique, aurait dû être mis en possession du créancier gagiste, pour que le contrat passé entre Martel et Vierzio fît valablement acquérir à Martel le privilège inutilement revendiqué aujourd'hui par ce dernier..... »

*L'essentiel, d'après ce jugement, est donc l'observation littérale de la loi; il ne s'agit pas de « faire la loi » mais bien de l'appliquer malgré ses imperfections, quitte à provoquer l'intervention du législateur : ce sera la clef de voûte de toute la jurisprudence consulaire jusqu'en* 1898. On assista aux joutes judiciaires les plus curieuses et peut-être aussi les plus inattendues : d'une part en effet la Cour de Cassation et, à son exemple, les Cours d'Appel violaient la loi avec la plus parfaite désinvolture, d'autre part les tribunaux de Commerce repoussaient avec fermeté les théories nouvelles et voyaient sans émoi toutes leurs décisions infirmées.

La Cour de Cassation, essentiellement chargée de veiller à l'exacte application de la loi et s'ingé-

niant à en fausser le sens ; les tribunaux de commerce, composés de simples particuliers, créant une jurisprudence sans cesse opposée à celle de la Cour suprême, mais scrupuleusement respectueuse du Code, telle fut durant plusieurs années la situation unique dans laquelle se débattit le problème du nantissement des fonds de commerce !

**138.** Qu'arriva-t-il? Rien autre chose que l'inévitable. Certains tribunaux consulaires s'exaspèrèrent de voir leurs jugements constamment annulés et prirent le parti héroïque des grandes déterminations.

Le tribunal de commerce de la Seine notamment, après avoir soutenu le 26 juillet 1894 (1) : « que le contrat de gage est essentiellement réel ; que la tradition de l'objet donné en gage doit être réellement effectuée et le débiteur dessaisi ostensiblement ; que la Cour de Cassation avait en effet décidé en matière de nantissement qu'il est de l'essence même du contrat que la mise en possession soit un fait apparent de nature à avertir les tiers que le débiteur est dessaisi et que l'objet engagé ne fait plus partie de son patrimoine libre (2) ; qu'en l'espèce il est

(1) 26 juill. 94. Trib. com. Seine.
Demoiselle Clément contre Syndic faillite Multin. D. P., 1895, II, 360.

(2) Le jugement s'appuyait sur un arrêt de la Cour de Cassation du 19 février 1894.

établi qu'il n'y a pas eu remise de gage conformément aux prescriptions de l'art. 2097 du C. civil et que Mademoiselle Mulitin a conservé son fonds ; qu'en effet, s'il est permis d'assimiler un fonds de commerce à un objet incorporel, on ne peut cependant ne pas reconnaître que ce fonds est inséparable des éléments matériels qui font connaître son existence aux tiers ; qu'un fonds de commerce constitue au premier chef un actif apparent auquel les tiers font confiance ; que c'est donc aller contre les principes fondamentaux de la loi que de considérer comme valable la dation en gage d'un fonds de commerce dont le débiteur conserve la possession et continue l'exploitation, sans qu'aucun signe extérieur avertisse les tiers que cet élément d'actif ne fait plus partie du patrimoine de celui qui est appelé à devenir leur débiteur, etc. »

Le tribunal de Commerce de la Seine, disons-nous, après avoir ainsi jugé, décida enfin le 18 janvier 1896 que *le nantissement d'un fonds de commerce est nul dans tous les cas* comme constituant *la condition impossible* dont parle l'art. 1172 du Code Civil.

Il déclare, en somme, qu'un fonds de commerce qui doit être géré pour subsister ne saurait être remis aux mains du créancier, ce qui rend le nantissement d'un fonds de commerce sans dessaisissement nul parce que non conforme à la loi ; et que même accompagné de dessaisissement, ce nantissement est

encore nul parce qu'il implique, dit le tribunal, la condition impossible dont nous parlions à l'instant.

Voici du reste quelques attendus de ce très curieux et très subversif document (1).

« Attendu que la possession d'un fonds de commerce ne consiste pas en la détention seulement d'un objet mobilier ou d'un droit incorporel, mais d'un ensemble d'objets mobiliers et de droits incorporels formant un tout indivisible qui doit, pour ne pas périr, être géré et administré d'une façon continue et ininterrompue ; que les nécessités et les conséquences de cette gestion sont un obstacle insurmontable à l'établissement pur et simple du dépôt aux mains du créancier de la chose donnée en gage ; que cet obstacle est le même pour le dépôt aux mains d'un tiers convenu ; attendu que le titulaire d'un fonds de commerce ne saurait, en fait, que le gérer lui-même ou le faire gérer par un tiers, son mandataire ;..... qu'en l'espèce, et en admettant pour un instant que les prétentions de la demanderesse puissent être accueillies, la situation qui en résulterait ne comporterait que deux hypothèses : remise du fonds entre les mains du créancier, ou remise de ce fonds entre les mains d'un tiers convenu ; attendu que dans l'un et l'autre cas la gestion devrait appartenir soit au créancier

(1) Trib. com. Seine, 18 janv. 1896, Certonciny, S. 97, II, 89.

soit au tiers convenu, car autrement il n'y aurait pas dessaisissement ; attendu que dans le premier cas le créancier ne saurait gérer pour son compte, car ce faisant il ferait acte de propriété et n'aurait pas reçu livraison de la chose cédée ; que le contrat de vente n'aurait pas été accompli ; que d'un autre côté il ne saurait gérer aux risques et périls de son successeur sans être le mandataire de celui-ci, ce qui rendrait fictif le dessaisissement ; attendu que dans la deuxième hypothèse le tiers convenu, mandataire des deux parties quant au dépôt, ne serait également que le mandataire du débiteur quant à la gestion, et la situation serait identique à celle de la première hypothèse ; attendu en outre que l'on se demande dans l'un et l'autre cas quelle serait la situation des tiers qui feraient confiance et s'il serait possible d'admettre vis-à-vis de ces tiers la responsabilité du titulaire du fonds, dessaisi de son administration, spectateur des fautes commises, mais incapable d'intervenir sans faire cesser le dessaisissement, condition essentielle du nantissement ; que l'on arriverait à cette situation incompréhensible d'un fonds de commerce appartenant à un titulaire irresponsable et administré par un gérant également irresponsable qui n'aurait pas la qualité de dépositaire ; attendu dès lors que, si le nantissement d'un fonds de commerce sans dessaisissement est nul comme contraire aux pres-

criptions de la loi en matière de gage, le nantissement, avec dessaisissement, est également nul comme constituant la condition impossible prévue par l'art. 1172 ; qu'en l'espèce l'obligation de constituer, avec le fonds de commerce cédé, un nantissement au profit du vendeur, introduite dans l'acte de cession de la dame Certonciny aux époux Pottier, nulle en soi, doit être réputée inexistante ; mais que cette nullité n'entraîne pas celle de l'acte lui-même, dont l'exécution reste soumise, quant aux stipulations y contenues, aux obligations réciproques des parties, etc. »

Ce jugement, hâtons-nous de le dire, n'était somme toute qu'une protestation contre la jurisprudence de la Cour de Cassation, protestation motivée par ce fait que les Cours d'Appel infirmaient tous les jugements qui ne tenaient pas compte de ladite jurisprudence; mais il prouvait de façon indéniable que les juges consulaires étaient décidés à tenir tête à l'orage, que les tribunaux de commerce resteraient les fidèles observateurs de la loi malgré la Cour suprême, malgré les Cours d'Appel qui cherchaient à la tourner ! Nous avons déjà noté l'ironie de cette protestation et nous n'y reviendrons pas.

## III

### La Question de la Publicité

**139.** A côté de ces deux systèmes contraires qui différaient principalement sur la question du dessaisissement réel ou fictif, certaines théories s'étaient peu à peu fait jour qui précisaient mieux encore les défauts de la législation sur le gage. Il est à remarquer en effet que le *dessaisissement réel* n'est pas le seul problème à résoudre en matière de nantissement de fonds de commerce et que la question de la *publicité* à donner au nantissement surtout, bien entendu, si l'on se prononce pour la tradition symbolique, est de la plus haute importance.

Et, tout d'abord, n'a-t-on pas le droit de se demander si l'organisation d'un régime de publicité à propos des fonds de commerce n'aurait pas pour conséquence immédiate de supprimer tout crédit à l'auteur de ce nantissement; c'est là un point capital qu'il faut avant tout élucider.

A vrai dire, tel n'est pas notre avis, car le nantissement des fonds de commerce, qui est une chose nouvelle, s'implantera de plus en plus dans les usages et finira par devenir, n'en doutons pas, une opération courante et indispensable à laquelle de

très nombreux commerçants auront recours ; de plus il est certain que le nantissement sera (comme il l'est du reste aujourd'hui) d'une efficacité véritable pour les débutants qui, du jour au lendemain, ont besoin de capitaux et qui ne pourront obtenir ces capitaux qu'en donnant en garantie la seule valeur qu'ils possèdent, c'est-à-dire leur fonds de commerce.

La publicité donnée au nantissement aura peut-être un défaut : celui d'éveiller la prudence des tiers, mais il faut bien avouer que ce résultat fatal d'une mesure nécessaire ne sera pas toujours un inconvénient; les prêteurs s'habitueront petit à petit à regarder sans épouvante le spectre du nantissement qui deviendra pour le commerçant une source de crédit, non une marque de discrédit.

A côté du dessaisissement il faut donc la publicité, d'où les théories que nous annonçions plus haut et tendant à réglementer cette publicité.

**140**. Dans un intéressant article, bien des fois cité depuis, M. Poulain de Corbion dans la *France Vinicole* proposait entre autres deux solutions, La première consistait à ajouter à l'art. 92 du Code de Commerce un paragraphe additionnel ainsi libellé : « En ce qui concerne le fonds de commerce et le droit au bail des lieux où s'exploite le commerce, le nantissement ne pourra être constitué que dix jours

après que le propriétaire du fonds aura fait mentionner son intention dans un journal d'insertions légales : pendant ce délai les créanciers auront le droit d'y faire opposition au greffe du tribunal de Commerce et le nantissement ne pourra avoir lieu que sur un certificat du greffier constatant qu'il n'y a pas d'opposition, ou sur la justification du paiement ou du consentement des créanciers opposants. »

Or cette première solution, reconnaissons-le, se trouvait être préjudiciable, dans une certaine mesure, au constituant et de plus ne présentait pas une garantie suffisante pour les créanciers qui viendraient dans la suite; nous préférons la seconde qui, tout en ayant des inconvénients, se rapprochait davantage de notre conception; d'après elle, le privilège ne saurait subsister sur le gage qu'autant qu'une inscription aura été prise sur un registre spécial, tenu par le conservateur des hypothèques, de la manière prescrite par l'art. 2146 du Code Civil, concernant le mode d'inscription des privilèges et hypothèques.

**141.** Une autre théorie, dont la doctrine se trouvait exposée avec clarté par M. Pignolet dans la Revue du Notariat et de l'enregistrement en 1896 (1), a été

(1) *De la Dation en nantissement des Fonds de commerce*, p. 392-419.

reproduite par M. Wahl dans une note dont nous avons déjà eu l'occasion de parler (1).

Elle autorise le débiteur à garder la possession du fonds donné en nantissement, tout en organisant des mesures de publicité qui permettent aux tiers de connaître le nantissement et le privilège qu'il confère au gagiste vis-à-vis d'eux. Il suffira, pour cela, ajoutait M. Pignolet, d'établir un registre dans lequel seront inscrits les nantissements ou, si l'on veut, les hypothèques de fonds de commerce (2) ».

**142**. MM. Magnier et Pruvost, de leur côté, étaient d'avis en 1895, d'ajouter à l'art. 92 du Code de Commerce le paragraphe suivant : « Tout nantissement de fonds de commerce ne sera valable à l'égard des tiers qu'après avoir été publié par extrait dans un des journaux judiciaires de l'arrondissement. L'extrait contiendra le nom du créancier nanti et le montant de la somme avancée. Une telle mesure, ajoutaient ces auteurs, suffirait largement pour avertir les commerçants intéressés qui ne peuvent aller consulter un registre au greffe chaque fois qu'il s'agit pour eux d'ouvrir un crédit aux autres com-

(1) S. 97, II, 89.

(2) *De la Dation en nantissement des Fonds de commerce.* *Revue critique des Sociétés et de Droit commercial*, 1902, p. 65, 91 241, 272, 401-414.

merçants et qui, au contraire, ont l'habitude de se tenir chaque jour au courant des annonces commerciales. »

**143**. Enfin M. Millerand, le 18 mai 1895, proposait à la Chambre de compléter l'art. 2075 du Code Civil comme suit : « En outre, chaque dation en nantissement d'un fonds devra, à peine de nullité, recevoir mention sur le registre public tenu à cet effet au greffe du tribunal de Commerce du domicile du cédé. »

Une semblable proposition de loi avait déjà été faite par lui en 1893 (1); il la reproduisit en ces termes : ..... « l'art. 2075 du Code Civil, contenu au titre dix-septième du nantissement, chapitre premier : du gage, est ainsi conçu : « Le privilège énoncé à l'article précédent ne s'établit sur les meubless incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage. Une jurisprudence constante, qui se justifie, au point de vue économique, aussi bien que juridique, par les raisons les plus fortes, range les fonds de commerce au nombre des meubles incorporels. En conséquence, pour que le propriétaire d'un fonds en

(1) Le 1er mai 93, *J. Of. ch. des dépt. doc. parl.*, 93 annexe nº 2716, p. 663

opère le nantissement, il ne lui est point nécessaire de s'en déposséder. Le contrat de gage demeure donc caché aux tiers. L'enregistrement de l'acte sous seing privé, tout comme l'authenticité de l'acte public, impriment au contrat date certaine ; ils n'en assurent point la publicité. Le simple bon sens suffit à apercevoir les inconvénients graves pour les tiers du secret qui enveloppe cette dation en gage. L'expérience les a du reste mis en plein relief. Pour faire disparaître des relations commerciales cette cause de méfiance et d'insécurité il n'est besoin d'apporter au texte de l'art. 2975 aucune modification. Une simple addition est nécessaire et suffisante. Il n'est utile que de prescrire la publication de toute dation en nantissement de fonds de commerce.

« Cette innovation ne fait aucune brèche dans le système que le législateur de 1804 a appliqué au contrat de gage. Nous inspirant des besoins du commerce, nous nous proposons seulement d'adapter à une situation particulière une publicité spéciale.

« Peut-être pourra-t-on transporter avec avantage cette disposition nouvelle dans l'organisation du crédit agricole, si l'on veut permettre au travailleur des champs de transformer son instrument de labeur en instrument de crédit et d'engager, sans déplacement, sa charrue, ses bestiaux, ses récoltes pen-

dantes (1). Nous ne vous demandons, par la proposition dont le texte suit, que de mettre un terme aux abus dont la mise en gage des fonds de commerce a fourni de trop fréquents exemples. »

**144**. Cet exposé des motifs était suivi de la proposition de loi comprenant l'unique article que nous citions en entier tout à l'heure.

Le projet fut pris en considération le 19 juin 1893; puis, par suite de l'extinction de la législature, l'étude n'en put être continuée que le 18 mai 1895.

Après deux très intéressants rapports, l'un de M. Laurençon (2) l'autre de son auteur M. Millerand (3), l'urgence fut déclarée et le projet adopté sans discussion le 16 novembre 1897.

M. Thézard au Sénat, dans son rapport, demanda la radiation des premiers mots du projet « en outre » ; il voulait aussi qu'on fît suivre les mots « à peine de nullité » de ceux « vis-à-vis des tiers »; le Sénat admit le nouveau texte sans discussion le 8 février 1898.

Le projet, amendé comme nous venons de le dire, revint à la Chambre qui ratifia l'amendement le 25 février (4) et dès lors la loi du 1er mars 1898 se trouva ainsi conçue :

(1) Voir la loi du 18 juillet 1898 sur les Warrants argicoles et celle du 30 avril 1906.

(2) *J. O. ch. des dép. doc. parl.* Annexe n° 2723., p. 1406.

(3) *J. O. ch. des dép. doc. parl.* 98. Annexe n° 2771. p, 92.

(4) *J. O. ch. des dép. doc. parl.* 98. Annexe n° 3034., p 680.

« L'art. 2075 est complété comme suit : Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de Commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. »

## CHAPITRE II

### La Loi du 1er mars 1898

**145.** Lorsqu'on a pu assister, comme nous venons de le faire, à la lutte significative que se livrèrent la Cour de Cassation, les Cours d'Appel et les tribunaux consulaires, il peut paraître singulier que le législateur ne se soit pas donné la peine avant tout de réglementer la question, de prévoir les difficultés, de rendre pratique la nouvelle institution, au lieu d'ajouter, comme il l'a fait, à l'art. 2075 du Code Civil, un paragraphe énigmatique autant que concis.

On a le droit de s'étonner que dans le but d'améliorer le sort du commerçant en lui permettant de nantir sans danger son fonds de commerce, dans le but de satisfaire un véritable besoin, de remédier à l'insuffisance d'une législation vieillie, on en soit arrivé à voter un texte de loi qui ne peut être compris que lorsqu'on l'éclaire au jour des commentaires !

Il suffit, en effet, de jeter un coup d'œil, même rapide, sur la jurisprudence qui suivit la promulgation de la nouvelle loi, pour se rendre compte que

presque tout le monde se méprit tout d'abord sur les véritables intentions du législateur. Autant les travaux préparatoires sont clairs, autant le texte même de la loi est ambigu : et tout le monde n'est pas obligé de recourir aux travaux préparatoires ! On le vit bien par l'application littérale que firent les tribunaux, sans le moindre souci de l'esprit de la loi.

Que prescrit en effet le deuxième paragraphe de l'art. 2075?... l'inscription du nantissement sur un registre spécial, c'est-à-dire une mesure de publicité destinée à garantir les tiers. Si l'on s'en tient au texte seul, il est parfaitement logique de prétendre que cette inscription, mesure de publicité, n'est qu'une garantie supplémentaire requise par l'art. 2075 dans l'hypothèse du nantissement d'un fonds de commerce. Dans chaque espèce il faudra appliquer exactement le paragraphe premier; dans le cas du nantissement d'un fonds de commerce on appliquera de plus le paragraphe deux.

Or, si raisonner ainsi est très logique, c'est également raisonner dans le sens diamétralement opposé à celui des travaux préparatoires, le rapport de M. Thézard condamne absolument cette interprétation contraire en tous points à l'esprit de la loi.

**146.** Ce qui apparaît donc comme incontestable, comme évident, c'est que la loi de 1898 est trop

concise, qu'elle n'est pas à sa place à la suite de l'art. 2075, qu'elle prête à équivoque et donc qu'elle n'exprime que d'une façon incomplète et désastreuse ce qu'elle signifie en réalité.

**147.** Il nous semble difficile de ne pas donner, une fois de plus ici, un rapide aperçu de la jurisprudence au lendemant de la nouvelle législation; nous verrons dans cet exposé une preuve flagrante de ce que nous venons de dire.

Par ordre de date, c'est le tribunal de Commerce de la Seine qui le premier fut saisi de la question le 5 novembre 1891 (1).

Un fonds de boulangerie avait été donné en nantissement et l'on avait observé d'un côté la formalité de l'inscription au greffe, d'un autre côté la signification du contrat au bailleur ; on prétendit que l'art. 2076 n'avait pas été observé puisqu'il n'y avait pas eu remise du gage et l'on écarta de la faillite le créancier gagiste qui désirait se faire admettre par privilège. Cette opinion fut confirmée par la Cour de Paris qui rendit son arrêt le 23 mars 1900.

Une autre décision du même tribunal fut inspirée le 15 novembre 1899 des mêmes principes, puis une troisième le 29 mars 1900 (2). Les tribunaux

(1) Trib. com. Seine, 5 nov. 1898. D. P. 1901, II, 97.

(2) Trib. com. Seine, 15 nov. 1899. J. Trib. com., 1901, p. 293
— 29 mars 1900. D. P., 1901, II, 97.

d'Amiens le 7 juillet 1900 (1), de Châlon-sur-Saône le 17 décembre 1900 (2), jugèrent dans le même sens.

La Cour de Paris elle-même se surpassa en s'appuyant sur les travaux préparatoires pour battre en brèche le sens véritable de la loi (3) : « Attendu, disait l'arrêt du 1er août 1901, que l'opinion contraire a été, il est vrai, soutenue dans les travaux préparatoires; mais que, si elle a trouvé place dans le rapport présenté au Sénat, elle ne s'est pas traduite dans les dispositions de la loi ;..... que, quelque autorité qui s'attache aux travaux préparatoires, ils ne sauraient ni suppléer la loi, ni prévaloir contre le texte, lorsqu'il est, comme dans l'espèce, d'une netteté qui ne laisse aucune place à l'interprétation du juge ».

**148**. Comme on le voit, toute cette jurisprudence tendait à admettre que la loi du 1er mars 1898 avait simplement ajouté une formalité nouvelle à celles qui étaient antérieurement exigées pour la validité du gage à l'égard des tiers. Dès lors, vis-à-vis de ces dernières, le nantissement d'un fonds de commerce devait comprendre pour être valable : 1°) l'inscription au greffe ; 2°) la signification du nantissement au bailleur de l'immeuble où le fonds est

(1) D. P. 1901, II, 97.
(2) D. P. 1901, II, 97.
(3) Paris, 1er août, 1901. D. P., 1901, II. 97.

exploité ; 3°) la mise en possession du créancier par la remise des titres de propriété du fonds (1).

(1) L'une des décisions qui met le mieux en lumière la théorie dont nous venons de parler est, sans contredit, l'arrêt de la Cour de Besançon en date du 20 mars 1901 (D. P. 1901, II, 97); nous croyons faire œuvre utile en la citant tout entière :

« Attendu qu'antérieurement à la loi du 1er mars 1898 le nantissement d'un fonds de commerce était l'objet, dans la jurisprudence, de divergences au double point de vue de la qualification que comportaient les différents éléments dont se compose un fonds de commerce et des conditions exigées pour régulariser le nantissement ; que, d'après certaines décisions, le fonds de commerce se composant de droits incorporels tels que : achalandage, clientèle et droit au bail en même temps que du matériel, de l'outillage et des marchandises, choses corporelles, ne devait être considéré que comme une chose incorporelle, dont le nantissement s'opérait par la signification de l'acte le constituant au propriétaire des magasins assimilé au débiteur ;

« Attendu que, d'après d'autres décisions, il fallait distinguer entre les choses corporelles et celles incorporelles et pour les premières exiger la tradition réelle ; qu'enfin d'autres cours attribuaient au fonds de commerce tout entier le caractère de meubles corporels ou de droits incorporels, suivant l'importance de l'un ou de l'autre de ces éléments dans chacun des cas de nantissement qui leur était soumis; attendu que, dans le but de faire cesser ces divergences et pour assurer au négociant la faculté de pouvoir tirer parti d'une valeur aussi importante que celle d'un fonds de commerce, le législateur édicta la loi du 1er mars 1898 ; que son texte est clair et précis, qu'il ne présente aucune ambiguité ; que, d'après les rapports qui ont été présentés tant à la Chambre des Députés qu'au Sénat, on peut voir que le but de la nouvelle loi est de créer au profit des commerçants un droit nouveau concernant le fonds de commerce, dont l'ensemble des différents éléments corporels et incorporels constituera désormais une universalité juridique, sans qu'il y ait lieu de distinguer à l'avenir entre ses différends éléments, quelle qu'en soit l'importance relative, et sans que l'acte de nantissement dont il fera l'objet soit soumis à d'autres formalités que celle uniquement prescrite par cette nouvelle loi, savoir l'inscription de l'acte sur un registre spécial tenu à cet effet au greffe du tribunal ;

« Attendu que l'un de ces rapports proclame, en effet, qu'il s'agit bien d'un droit nouveau créé par la loi et que cette loi,

**149.** Nous avons annoncé plus haut qu'une deuxième opinion principale s'était fait jour, d'après laquelle le législateur du 1er mars 1898 aurait soustrait les nantissements de fonds de commerce aux anciennes formalités des art. 2075 et 2076 et aurait établi une législation spéciale pour le nantissement des fonds de commerce, ne comprenant qu'une seule formalité : celle de l'inscription au greffe.

inspirée par l'état incertain d'une jurisprudence qui, par ses exigences, rendait presque impossible le contrat de nantissement d'un fonds de commerce, a pour but d'organiser les conditions régulières de ce nantissement spécial; que l'autre rapport indique que l'on a supprimé le mot « en outre » qui, dans la rédaction primitive, reliait le texte nouveau au premier paragraphe de l'article 2075, et que cette suppression a eu pour but de faire disparaître toute équivoque sur l'intention du législateur, afin qu'on ne puisse induire de cette expression, si on la laissait subsister, que la formalité de l'inscription sur le registre du greffe était ajoutée aux autres formalités jusqu'alors exigées par la loi ancienne et par la jurisprudence, notamment la signification au propriétaire ; attendu qu'il est donc contraire aussi bien au texte qu'à l'esprit de la loi du 1er mars 1898 d'exiger pour la validité du nantissement d'un fonds de commerce : 1°) la signification prescrite par le premier paragraphe de l'article 2075 ; 2°) la remise du gage composé d'objets corporels ; 3°) l'inscription de l'acte de nantissement sur le registre spécial, parce que s'il devait en être ainsi la loi de 1898 ne créerait pas un droit nouveau dans le but de favoriser le crédit du commerçant, mais ajouterait une formalité à celles déjà prescrites antérieurement et, loin de favoriser le contrat de nantissement du fonds de commerce, l'entraverait par le surcroît d'une publicité spéciale ;

« Attendu qu'il est inexact de soutenir qu'en interprétant cette loi à l'aide des travaux préparatoires on y ajoute des dispositions que son texte ne renferme pas ; que, bien au contraire, les motifs tirés des rapports faits au Parlement ont pour but de démontrer qu'il ne faut rien ajouter aux dispositions mêmes de la loi dont les termes précis et formels se suffisent à eux-mêmes en supprimant toutes les exigences de la jurisprudence antérieure ;

« Par ces motifs, confirme... »

Cette deuxième opinion qu'adopta la Cour de Cassation le 5 janvier 1904 (1), en admettant que la loi du 1er mars 1898 « crée une réglementation complète qui, bien qu'insérée dans l'art. 2075, n'emprunte rien aux dispositions de cet article et se suffit à elle-même », fut acceptée par la plupart des tribunaux et forme une jurisprudence des plus suivies (2).

**150.** Deux autres systèmes furent encore admis (nous ne pouvons nous y arrêter) l'un par la Cour de Rennes (3) l'autre par le tribunal de la Seine (4) ;

(1) Cassat. civ., 5 janv. 1904. D. P. 1904, I, 47.
Voir pour la jurisprudence *Nouveau code annoté* Dalloz (1907). Nantissement.

(2) Voici l'état de cette jurisprudence :
Trib. com. de Rouen, 19 juillet 1900, D. P., 1901, II, 97.
Trib. com. de Rouen, 25 juillet 1900, D. P., 1901, II, 97.
Trib. civ. des Andelys, 6 nov. 1900, D. P., 1901, II, 97.
Trib. com. d'Angers, 7 déc. 1900, D. P., 1901, II, 97.
Trib. com. de Rouen, 2 janv. 1901, D. P., 1901, II, 97.
Besançon, 20 mars 1901, D. P., 1901, II, 97.
Dijon, 17 mars 1901, D. P., 1901, II, 470.
Poitiers, 1er juill. 1901, D. P., 1904, II, 54.
Dijon, 26 nov. 1901, D. P., 1903, II, 169.
Rouen, 11 déc. 1901, D. P., 1903, II, 169.
Paris, 29 janv. 1902, D. P., 1903, II, 169.
Bordeaux, 24 fév. 1902, *Gaz du Pal.*, 1902, II, 139.
Nancy, 21 mars 1902, D. P., 1903, II, 169.
Trib. civ. Seine, 16 avril 1902, D. P., 1902, II, 239.
Paris, 29 mai 1902, D. P., 1903, II, 169.
Rennes, 26 juin 1902, D. P., 1903, II, 169.
Trib. com. Tourcoing, 30 sept. 1902, D. P., 1903, II, 169.
Paris, 18 mars 1903, D. P., 1903, II, 169.
Orléans, 11 juill. 1902, D. P., 1903, II, 169.
Aix, 11 janv. 1905, D. P., 1905, II, 72.

(3) 26 décembre 1901, *Gaz. du Pal.*, 1902, II. 135.

(4) 10 avril 1901, *Le Droit*, 10 mai 1901.

d'après le premier, la loi de 1898 aurait pour but de ne plus exiger pour la validité du gage la signification de l'acte au propriétaire locateur, tout en déclarant la dépossession symbolique absolument indispensable pour la validité du gage à l'égard des tiers ; d'après le second (1), dans l'espèce dont il s'agissait, le nantissement avait été inscrit au greffe et le bail des lieux avait été remis au créancier gagiste.

Pourtant les juges consulaires refusèrent d'admettre le créancier au bénéfice de son privilège pour ces motifs : « qu'il résulte des débats et des documents produits que les droits incorporels cédés n'étaient pas la partie principale et essentielle des objets donnés en gage et qu'au contraire les meubles corporels en constituaient la réelle valeur pour la plus grande partie... ; que le caractère juridique d'une universalité de fait, ainsi créé par les emprunteurs, doit ressortir de son élément principal; que le gage était dès lors corporel ; que la constitution du gage se trouvait donc régie par les art. 2075 et 2076 du Code Civil, lesquels exigent une prise de possession ;..... qu'à l'encontre des tiers, la seule notification et la transcription au greffe n'eussent pu en opérer le dessaisissement, etc. »

Tel est le résumé des interprétations diverses

(1) Voir H. Laurain, auquel nous empruntons ce passage, *Op. cit.*, p. 116.

données à la loi du 1er mars 1898. Nous allons maintenant étudier cette loi nous-même, dans le but de rechercher quelle est ici la nature du nantissement du fonds de commerce et aussi comment, sous le régime de cette loi, s'effectuait sa constitution.

## I

### La Nature juridique du Nantissement des Fonds de Commerce d'après cette loi

**151.** Nous avons vu quelle était la situation intolérable de la jurisprudence consulaire vis-à-vis de celle de la Cour de Cassation et nous avons déjà parlé plus haut de l'élaboration de la loi de 1898.

Rappelons, pour mémoire, que, le 19 janvier 1893, M. Duvignier fit adopter la prise en considération d'un projet qui fut repris le 18 mai 1895 par M. Millerand et voté à la Chambre des députés le 16 novembre 1897

**152.** Au Sénat on nomma rapporteur M. Thézard qui, dans un rapport des plus remarquables, démontra la nécessité dans laquelle on se trouvait de combler une lacune de la législation existante ; il approuva le texte adopté par la Chambre le 16 no-

vembre 1897 tout en appelant l'attention du Sénat sur deux points faibles de la rédaction.

M. Thézard accusait le projet de la Chambre d'être trop concis en ce qui regarde la publicité; il demandait au Sénat d'ajouter au membre de phrase « *à peine de nullité* » cet autre « *vis-à-vis des tiers* »; il voulait de plus rayer les mots « *en outre* » (1) et s'exprimait en ces termes (2) :

« Les mots *en outre* ont disparu de notre rédaction et il en résulte une différence notable. D'après la proposition votée à la Chambre, la publicité, par voie de mention sur un registre, est une condition s'ajoutant à celle déjà indiquée dans la première partie de l'art. 2075, savoir la notification du titre au débiteur, c'est-à-dire qu'on avait maintenu la règle reconnue par l'arrêt de 1888 précité, la nécessité de la signification au propriétaire locateur. Par

(1)

| Chambre | Sénat |
|---|---|
| En outre, chaque dation en nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité, recevoir mention sur un registre public, tenu à cet effet au Greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel sera sis le fonds. | Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public, tenu au greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.<br>(Adopté sans discussion, le 8 février 1898. Transmis à la Chambre le 11 février et voté le 28 février. Promulgué le 1er mars 1898.) |

(2) D. P., 98, 4, 20, Rap, de M. Thézard au Sénat.

la suppression des mots « en outre » nous faisons de la publicité une condition indépendante et qui se suffit à elle-même en matière de nantissement des fonds de commerce.

Nous avons d'ailleurs montré par avance le caractère illusoire de la signification à faire au propriétaire locateur : elle n'ajoute rien à la sauvegarde des intérêts qu'il s'agit de protéger. La portée de la loi nouvelle va plus loin : elle supprime aussi nécessairement, en matière de nantissement de fonds de commerce, l'application de l'art. 2076, c'est-à-dire la remise de l'objet en la possession du créancier ou d'un tiers. Cette mise en possession est en réalité incompatible avec la nature du fonds de commerce... qui est un ensemble indivisible, lequel a la nature incorporelle, bien que pouvant contenir des objets corporels ... Si l'arrêt de 1888 avait appliqué la mise en possession à l'acte du bail, c'était par la nécessité de rattacher d'une façon quelconque aux règles du Code Civil une matière que celui-ci n'avait point prévue et, tout en laissant entrevoir, par ses motifs mêmes, l'utilité d'une solution différente..... En donnant aujourd'hui droit de cité au fonds de commerce parmi les universalités de droit et en traçant pour sa dation en nantissement des règles appropriées à sa nature, nous supprimons par là-même les exigences inutiles... auxquelles il avait fallu se résigner ».

Telles furent, en un mot, les modifications proposées qui, introduites dans le texte voté par la Chambre des députés, en firent le paragraphe second de l'art. 2075 du Code Civil.

**153.** Quelle était maintenant la portée de cette nouvelle loi, quelle était son utilité, quelles sont les lacunes de notre ancienne législation qui ont été comblées?

Si nous considérons l'art. 2075, § 2, qui déconcerte de prime-abord par sa brièveté, nous sommes tentés de conclure que rien n'avait été fait par le législateur dans le sens d'une définition pratique : il ne nous disait pas ce qu'est le fonds de commerce, il ne lui donnait aucune qualification juridique; soucieux en revanche de la protection des tiers, il édictait des mesures de publicité pour son nantissement. Nous l'avons dit, la loi de 1898 était trop insuffisante et trop concise, trop claire même, allions-nous ajouter, pour ne point autoriser les juristes à lui chercher des sens cachés et imaginaires qu'elle n'a jamais eus. Il fallait bien mettre un terme aux difficultés et aux discussions !

Ah ! sans doute, le rapporteur, M. Thézard, eût voulu que du premier coup on en vînt à déclarer légalement le fonds de commerce une *Universalité de droit;* aussi affirmait-il qu'« en donnant droit de cité au fonds de commerce parmi les universalités de

droit et en traçant, pour sa dation en nantissement, des règles appropriées à sa nature, nous supprimerions par là même les exigences inutiles et sans objet auxquelles il avait fallu se résigner» ; mais la loi n'a pas ratifié dans sa lettre le vœu que M. Thézard émettait dans son rapport, elle n'a rien précisé, rien déterminé, rien défini; comme par le passé le fonds de commerce est demeuré un ensemble, un tout qui se rapproche davantage d'une *Universalité de fait* que de toute autre chose ; il eût fallu un texte clair et sans la moindre ambiguité pour proclamer un point si controversé; or, ce texte faisant complètement défaut, on ne pouvait se contenter d'une opinion dont le sens même n'était pas absolument certain.

**154.** D'aucuns prétendent en effet que le langage employé par le rapporteur ne traduisait pas exactement sa pensée, qu'il s'appuyait notamment sur la définition du fonds de commerce donnée par M. Labori (1) et que rien d'après cette définition ne saurait faire supposer que le fonds de commerce doit être considéré comme une universalité juridique.

(1) Le fonds de commerce est l'ensemble des éléments qui constituent à l'égard du public la personnalité d'un établissement commercial ou industriel et servent à son exploitation.....
Le fonds de commerce est un corps certain, une universalité sinon de droit au moins de fait... (*op. et loc. cit.*)

**155.** Sans aller si loin et tout en admettant que les paroles de l'éminent professeur ont été pesées, comme c'est probable, et n'expriment que strictement la pensée de son auteur, nous nous contentons de faire remarquer que si les travaux préparatoires peuvent, dans une certaine mesure, éclairer de leur lumière un article de loi obscur, ils ne sauraient en aucune façon remplacer un texte qui n'existe pas.

**156.** Le législateur de 1898 n'a jamais eu l'intention de préciser la nature juridique du fonds de commerce et c'est pour cela que rien dans l'art. 2075 n'a trait à cette définition. Ceci posé, nous sommes en droit de nous demander quel est du moins le caractère de cette nouvelle forme du nantissement légitimée par la loi du 1er mars 1898.

Le texte de cette loi fut ajouté, nous le savons, à l'art. 2075 du Code Civil, c'est-à-dire à un article faisant partie d'un chapitre intitulé « le gage », chapitre qui lui-même se trouve inclus au titre XVIIe traitant du nantissement.

Or l'art. 2071, qui est le premier du titre, définit le nantissement : « un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette », ce qui implique formellement l'idée de dépossession, l'idée de dessaisissement.

**157.** Pour que ce dessaisissement, cette remise, soit véritable, il faut, de toute évidence, une dépossession effective ; cette dépossession effective, caractéristique du nantissement, est-elle exigée par la loi nouvelle?..... bien peu nombreux sont ceux qui aujourd'hui oseraient le soutenir.

**158.** Tout ce que l'on hasarde timidement, c'est qu'à défaut de possession réelle la dépossession fictive suffit, dépossession fictive qui résulte du fait que le commerçant ne continue à détenir la chose que pour le compte du créancier !

**159.** Sans nous arrêter à détruire les étais de cette argumentation, que n'autorise à coup sûr pas le mot « remet » de l'art. 2071 et qui en tout cas ne saurait conférer le droit de rétention au créancier gagiste, contentons-nous de remarquer que, sans ce droit de rétention, rien ne distingue plus le gage de l'hypothèque.

**160.** Et alors nous nous trouvons tout naturellement amenés à conclure que le nantissement des fonds de commerce est une forme nouvelle de l'hypothèque mobilière, malgré l'impropriété de l'appellation adoptée par le Code Civil.

## II

### Comment s'effectuait la Constitution du Nantissement d'un Fonds de Commerce sous le Régime de la Loi du 1er mars 1898

**161.** Ce qu'il importe de mettre en relief, de poser en principe dès maintenant, c'est que, d'après la loi du 1er mars 1898, *le nantissement du fonds de commerce, sans dessaisissement, est valable.*

Voilà le fait capital, l'innovation primordiale et caractéristique du deuxième paragraphe de l'art. 2075.

Nous avions beaucoup hésité à parler, dans ce travail, de l'application pratique de la loi, car nous craignions, en premier lieu, d'allonger inutilement notre étude et de l'embarrasser d'éléments superflus ; réflexion faite, nous avons pensé que, pour mieux saisir la portée de la loi récente, il était indispensable de savoir comment on s'y prenait, sous l'empire de la loi de 1898, pour nantir un fonds.

**162.** Il est bien entendu que les formalités diffèrent pour une constitution de gage, suivant que le gage est civil ou commercial ; nous avons suffisamment insisté sur ce point pour n'y point revenir ici.

D'après les cas, on applique tantôt les art. 2074 et sv. du Code Civil, tantôt les art. 91 et sv. du Code de Commerce : dans la première hypothèse il faudra de toute nécessité un acte écrit; dans la seconde on se contentera de prouver le contrat par les modes de preuve inscrits sous l'art. 109 (1). La seule chose indispensable est qu'il existe véritablement un contrat écrit ou oral.

Ceci dit, nous devons nous occuper de cette inscription au greffe dont parle la loi de 1898 et qui paraît être la formalité substantielle et fondamentale voulue par le législateur, puisque c'est elle qui donne naissance au privilège et qui le conserve vis-à-vis des tiers.

Mais la façon de l'opérer est d'autant plus difficile à préciser que la loi ne parle ni du délai dans lequel on doit la prendre, ni des mentions qu'elle doit contenir, ni de son renouvellement, ni de sa radiation, laissant la porte largement ouverte à l'interprétation de la doctrine et de la jurisprudence.

(1) Article 109 du C. de com. « Les achats et ventes se constatent : par acte public ; par actes sous signature privée ; par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé par les parties ; par une facture acceptée ; par la correspondance ; par les livres des parties ; par la preuve testimoniale dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre. »

— Dans ce sens : Montier : *Des nantissements de fonds de commerce*, p. 54.

Lesur : *Du nantissement des fonds de commerce*, p. 108.

Bargier : *Op. cit.*, p. 41.

Riffilet : *Op. cit.*, 4, 96, 7.

## A

### L'INSCRIPTION AU GREFFE

*Ce qu'elle doit contenir, où elle se fait, délais de l'inscription, son efficacité, sa publicité, sa portée, sa radiation, sa réduction. Responsabilité du greffier.*

#### 1° *Ce qu'elle doit contenir*

**163.** La loi du 1er mars 1898 est absolument muette sur ce point, elle n'a rien prévu, rien prescrit ; tout ce que l'on peut affirmer c'est qu'il est indispensable que le greffier connaisse clairement le propriétaire pour éviter toute erreur sur l'identité de celui qui nantit.

**164.** La simple déclaration du créancier ne saurait donc suffire; il faudra tout au moins la faire accompagner d'une pièce justificative, telle que lettre ou note, d'où ressortirait clairement la volonté du propriétaire de nantir son fonds.

**165.** En revanche, il nous semblerait superflu de produire l'acte de nantissement ou même un simple extrait dont ne parle point la loi; c'est cependant le moyen le plus logique et le plus commode d'effectuer l'inscription de l'art. 2075 (1).

(1) Certains greffier l'exigeaient, d'après MM. Montier (*Op. cit.*, p. 54), et Barbier (article précité).

Le but de l'inscription étant de bien déterminer à la fois le fonds donné en gage, sa valeur, le montant de la créance garantie, l'identité du débiteur et du créancier, il semblerait assez juste que les mentions exigées répondent à ce but ; or ici encore la loi n'a pas daigné se prononcer : rien n'est obligatoire légalement à peine de nullité. D'où l'obligation pour les tribunaux, dans la pratique, d'admettre un certain nombre d'énonciations quasi substantielles.

**166.** Certains d'entre eux ont accepté la thèse très large du tribunal de Commerce de Rouen (1), jugeant : « que la loi du 1er mars 1898 n'ayant ordonné ni la transcription, ni le dépôt des actes de nantissement de fonds de commerce et n'ayant pas spécifié les mentions à inscrire sur le registre public tenu au greffe du tribunal de commerce, il suffit pour la validité du nantissement, à l'égard des tiers, que les mentions inscrites par le greffier rendent toute confusion impossible sur l'identité du débiteur constituant et sur celle du fonds donné en nantissement » ; et de la Cour de Rennes (2) disant que : « l'inscription d'un nantissement sur le registre spécial tenu au greffe du tribunal de Commerce répond d'ailleurs aux exigences de la loi du 1er mars 1898 dès l'instant que les mentions inscrites

(1) Trib. com. Rouen, 12 juillet 1900, D. P., 1901, II, 97.
(2) Rennes, 27 juin 1901, D. P., 1903, II, 169.

par le greffier rendent toute confusion impossible sur l'identité du fonds donné en gage, sur celle du débiteur et sur celle du créancier ». Ils ont admis encore en partant du même principe que le montant de la créance garantie n'est pas une condition *sine qua non* de l'efficacité de l'inscription prise par le créancier (1) ; que la loi du 1er mars 1898 n'a pas soumis non plus l'inscription des nantissements de fonds de commerce aux formes tracées par les art. 2148 et sv. du Code Civil pour les inscriptions hypothécaires (2).

**167.** D'autres ont laissé supposer qu'ils considéraient comme utile et même nécessaire l'indication du montant de la créance garantie en décidant avec la Cour de Paris : « que le nantissement d'un fonds de commerce produit tous ses effets à l'égard des tiers par l'inscription dudit nantissement au greffe, lorsqu'il n'est pas justifié de l'inexactitude du chiffre auquel l'acte de nantissement fixe le montant de la créance (3) ».

C'est dans l'ensemble de ces décisions que réside la vérité ; si la loi de 1898 eût été plus explicite, plus

(1) Dissertat. Ch. Robert, et Trib. com. Rouen, Cour de Rennes précités.

(2) Dijon, 27 mars 1902, D. P., 1903, II, 169.

(3) Paris, 8 juillet 1905, Defrénois : *Répert. général du Notariat*, 1906. nº 14640. *Nouv. code annoté*, Dalloz, art. 2075, nos 285-289.

précise, moins nébuleuse, que de différends eussent été évités, que de difficultés ne se fussent jamais produites dont les solutions encombrent aujourd'hui les recueils de jurisprudence.

### 2° *Où elle se fait*

**168.** « Tout nantissement..... », dit l'art. 2075, «... devra être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de Commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité ».

Ceci pour des raisons bien faciles à comprendre : les créanciers, ayant à leur portée le moyen de connaître exactement les forces du patrimoine de leur débiteur, n'auront pas à se transporter bien loin. D'autre part le choix du tribunal de Commerce s'imposait, de préférence à celui du tribunal civil ou des Justices de Paix.

**169.** Deux hypothèses particulières et embarrassantes pouvaient se produire : celle tout d'abord où il s'agissait d'un fonds manquant de fixité; tel pouvait être le cas d'une baraque de foire ambulante.

Dans l'occurrence il eût été assez illogique de prendre l'inscription au greffe du tribunal de Commerce dans le ressort duquel se trouvait le fonds;

c'était le domicile du débiteur qui devait le déterminer (1).

**170.** L'autre situation, qui est de nature à se produire assez fréquemment, était celle où le fonds principal se trouvait avoir des succursales dans d'autres lieux ; combien dans ce cas fallait-il d'inscriptions distinctes?

La question était délicate et ne pouvait guère être résolue que par le raisonnement.

Le problème en somme revenait à se demander si telle ou telle succursale d'un fonds de commerce pouvait ou non être donnée en nantissement indépendamment du fonds central.

Sur ce point il n'y a aucun doute : il faut une inscription spéciale pour l'établissement dont nous parlons. Mais, remarquons-le en passant, la succursale n'est qu'une ramification du fonds central; toute atteinte portée à cette ramification atteint le fonds dans son crédit, dans sa réputation ; il importe donc que les tiers qui se trouvent en relations d'affaires avec ce fonds puissent être facilement renseignés sur ce qui se passe ; d'où la nécessité évidente de prendre deux inscriptions : l'une au greffe du tribunal de Commerce dans le ressort duquel se trouve la succursale, l'autre à celui du tribunal dans

(1) MM. Laurain, *Op. cit ;* Chabrol, *Op. cit;* Buffelet, *Op. cit;* considérant le domicile comme « le point d'attache du fonds ».

le ressort duquel se trouve l'établissement central. (1)

### 3° *Dans quel délai*

**171.** La loi du 1er mars 1898 était muette sur le délai de l'inscription à prendre au greffe; c'étaient donc les travaux préparatoires de cette loi qui devaient guider la pratique.

Or voici les paroles du rapporteur à ce sujet : « Il ne nous a point paru d'ailleurs nécessaire... de fixer un délai pour l'inscription du contrat au registre public... la célérité des contractants à exécuter les prescriptions de la loi est, dans un cas comme dans l'autre, garantie par leur intérêt, puisqu'ils se trouveront dans l'impossibilité d'opposer le contrat de gage aux tiers qui auraient acquis des droits avant l'accomplissement des formalités légales »; ce qui signifie péremptoirement qu'il n'y a pas de délai légal.

**172.** Mais alors comment se fait-il que bien des auteurs, M. Montier et M. Barbier (2) entre autres, que bien des tribunaux, bien des Cours (3) aient

(1) La même formalité ne devait pas être remplie, en revanche, aux greffes des autres succursales.

(2) *Op. cit.*

(3) Notamment Dijon, 17 mai 1901, D. P., 1901, II, 471.

voulu malgré tout fixer un délai de 30 ans après lequel l'inscription ne pourrait plus être prise utilement?

Il y avait là une fâcheuse erreur tout particulièrement mise en relief par M. Chabrol (1) et sur laquelle nous devons insister.

Si nous ouvrons en effet le Code et que nous cherchions l'art. 2262 qui traite de la prescription trentenaire, nous y lirons : « Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par 30 ans, sans que celui qui allègue cette inscription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. » Or le fait d'inscrire un nantissement n'est à coup sûr pas exercer une action; pourquoi vouloir dans ce cas appliquer l'art. 2262 et créer un délai de 30 ans là où le législateur n'en a prévu aucun ?

Dans l'espèce qui nous occupe, en l'absence d'un texte formel, en présence de la déclaration précitée de M. Millerand, il ne saurait y avoir ni délai, ni prescription.

Ce n'est pas tout, l'art. 2232, au chapitre *de la possession*, porte : « Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription » ; or il s'agit ici sans conteste d'un acte de « pure faculté » ; à ce nouveau point de vue

(1) *Op. cit.*

encore il ne saurait y avoir pour l'inscription de délai fatal empêchant de l'opérer (1).

Il n'était du reste pas nécessaire de fixer un délai, comme le déclarait M. Millerand dans son rapport, car enfin l'intérêt même du créancier n'exigeait-il pas une certaine hâte à prendre l'inscription ; si en effet l'aliénation du fonds venait à se produire, le créancier gagiste n'était plus capable de remplir cette formalité ; de même un autre créancier gagiste pouvait le prévenir et requérir une inscription qui primait la sienne.

**173.** Un autre cas était susceptible de se produire encore, qu'on peut énoncer comme suit : le nantissement peut-il être inscrit en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du débiteur?

Chacun sait que l'art. 448 du Code de Commerce, les art. 2146 du Code Civil, 4 et 6 de la loi du 4 mars 1889 (2) décident que les hypothèques ou privilèges pourront être inscrits jusqu'au jugement déclaratif de la faillite ou de la liquidation judiciaire, mais qu'en revanche les inscriptions prises après l'époque de la cessation des paiements ou encore dans les dix jours qui l'ont précédée *pourront* être annulées par le juge s'il s'est écoulé plus de quinze

(1) Sur tous ces points : Chabrol, *Op. cit ;* Wahl, note S., 1904, II ; S., 1902, I, 139.

(2) Loi portant modification à la législation des faillites.

jours entre l'acte constitutif du privilège ou d'hypothèque et l'inscription ; en est-il de même pour l'inscription du nantissement de fonds de commerce?

La grande majorité des auteurs déclarait que l'inscription ne saurait être prise après le jugement déclaratif qui dessaisit le débiteur et met les créanciers en possession de ses biens ; mais on ne s'entendait plus lorsqu'il s'agissait de l'inscription effectuée après la date de la cessation de paiements ou dans les dix jours qui la précédaient; il y avait là sans aucun doute une lacune qui devait subsister jusqu'au jour où un texte formel déclarerait l'art. 448 (§ 2e) du Code de Commerce applicable au nantissement des fonds de commerce (1).

A notre avis, il eût été très délicat d'appliquer l'art. 448 (§ 2) sous le régime de la loi du 1er mars 1898 car toute nullité étant de droit étroit, et même très étroit, rien n'autorisait son extension en dehors d'un texte précis et non équivoque (2) qui fait absolument défaut (3).

(1) Ce qui n'a jamais été fait depuis. La loi récente de 1909, dans son article 11, déclare applicables, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, les articles 446, 447 et 448, § 1er du C. de commerce.

(2) Il ne faut pas oublier, en effet, que l'aliénation du fonds figure seule dans les travaux préparatoires de la loi du 1er mars 1898 comme étant un événement qui arrête le cours des inscriptions.

(3) Il en est de même selon nous pour « la mort du débiteur suivie de l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire » de l'article 2146 (§ 2) qui, à notre avis, ne devait pas recevoir ici d'application.

### 4° *Quelle est sa durée*

**174.** Une des questions qu'il peut être très intéressant de poser est certainement celle-ci : Quelle était la durée de l'inscription ou son délai de péremption? pendant quel laps de temps est-elle efficace?

Pour employer jusqu'au bout la même méthode, demandons-nous d'abord ce que disait à ce sujet la loi de 1898.

L'art. 2075 (§ 2) du Code Civil était muet sur la durée de l'inscription ; pas la moindre allusion n'y était faite et nous pouvons donc hardiment émettre l'avis qu'une fois prise elle conservait les droits du créancier jusqu'à leur extinction.

**175.** On aurait pu être tenté, c'est vrai, de songer à la *péremption décennale* par analogie avec l'inscription hypothécaire ; on aurait pu même (avec plus de raison peut-être puisqu'on se trouvait en matière commerciale) vouloir appliquer *celle de cinq ans ;* mais, le texte n'existant pas, il nous eût paru téméraire de parler ici d'une péremption quelconque.

Que cette conclusion soit fort peu pratique, qu'elle alourdisse gravement la responsabilité du greffier chargé de compulser un nombre considérable de registres d'inscriptions, nous n'en disconvenons pas ; mais il n'appartient pas au juriste de légiférer.

### 5° *Sa publicité*

**176.** Parmi les divers modes de publicité que le législateur de 1898 avait à sa disposition pour faire connaître aux tiers le nantissement consenti sur tel ou tel fonds de commerce, il a choisi l'un de ceux qui présentaient le plus de garantie, qui semblaient le mieux remplir les conditions du but à atteindre.

L'inscription a sur l'affiche, sur l'insertion dans les journaux, l'avantage énorme de subsister toujours, de n'avoir pas le caractère éphémère de ces derniers modes de publicité.

De plus, grâce au choix qui avait été fait du greffe pour effectuer cette inscription, les créanciers savaient constamment où s'adresser pour obtenir les renseignements qui leur étaient nécessaires.

**177.** Mais à côté de cette excellente disposition la loi de 1898 renfermait une nouvelle lacune, au milieu de tant d'autres : elle n'avait pas cru devoir se prononcer sur la façon dont le registre qui renfermait les inscriptions pouvait être rendu public, de quelle manière les créanciers devaient s'y prendre pour avoir connaissance des mentions qui y seraient contenues.

**178.** De deux solutions l'une, cependant.

Ou bien tout intéressé avait le droit de venir com-

pulser lui-même les folios de plusieurs années et dans ce cas les inscriptions couraient le plus grand risque de disparaître en fort peu de temps ; ou bien le greffier était tenu de répondre à toute réquisition et de fournir aux tiers un état, en bonne et due forme de ce que contenait le registre à l'endroit indiqué. Mais dans cette hypothèse il était inadmissible que les services du greffier ne fussent pas rémunérés ; et d'autre part quel tarif adopter en l'absence d'une disposition législative?

En fait et sous le régime de la loi de 1898, ce qu'il y avait de plus simple c'était de demander oralement et d'obtenir par la même voie tout relevé d'inscriptions ; certains greffes, il est vrai, s'étaient arrogé le droit de fixer eux-mêmes leur rémunération pour les extraits qu'ils fournissaient, mais cet exemple, à notre avis, n'était guère à encourager (1).

(1) Les greffiers ne sauraient, en effet, exiger d'autres émoluments que ceux établis par les tarifs et cela à peine de 100 francs d'amende et de destitution (loi 21 vent. an VII, art. 23. Ord., 17 juil. 1825, art. 6; 9 oct. 1825, art. 5; Décret du 24 mai 1854, art. 12).

Le tarif est, du reste, réglé par le décret du 24 mai 1854, modifié par les décrets des 8 décembre 1862, 24 novembre 1871, 23 juin 1892. Certaines dispositions législatives leur allouent des émoluments spéciaux pour certains actes, mais il n'en existait aucune, à notre connaissance, sous le régime de la loi de 1898, pour le point qui nous intéresse.

### 6° *Sa portée*

**179.** Nous avons pu nous rendre compte plus haut qu'il était assez difficile de se mettre d'accord sur les énonciations que devait contenir l'inscription et que, dans le silence de la loi, la jurisprudence se contentait, à juste titre, d'un ensemble d'indications qui ne permettaient plus l'erreur.

Nous savons également que le montant de la créance ne figurait pas nécessairement sur le registre d'inscription, alors qu'elle était indispensable dans l'inscription hypothécaire, le créancier restant néanmoins libre de la mentionner ; c'est dans cette hypothèse qu'un cas intéressant pouvait se produire.

Le but de l'inscription étant en effet de renseigner les tiers et non de les induire en erreur, le créancier ne saurait indiquer dans l'inscription un chiffre *quelconque*, représentant le montant de la créance, sous peine de ne voir son nantissement efficace vis-à-vis des tiers que jusqu'à concurrence du chiffre annoncé ; de même il semble qu'on doive permettre aux tiers d'attaquer ce chiffre s'il n'est pas en rapport avec la créance garantie.

**180.** La jurisprudence s'était prononcée dans l'une et l'autre hypothèses et nous avons entre autres deux

arrêts, l'un de la Cour de Dijon, l'autre de la Cour de Paris, forts intéressants en la matière (1).

Le premier, qui se montre trop sévère peut-être, trop soucieux de l'intéret des tiers, dispose que : « le nantissement n'est opposable aux tiers, cumulativement pour le principal de la créance garantie et pour les intérêts conventionnels stipulés au titre constitutif de cette créance, que si la publicité donnée au nantissement a fait connaître aux tiers séparément et distinctement : 1°) le montant principal de la créance ; 2°) la stipulation des intérêts et le taux de ceux-ci (2) ».

Le second décide « qu'en tous cas le nantissement d'un fonds de commerce produit tous ses effets à l'égard des tiers par l'inscription dudit nantissement au greffe lorsqu'il n'est pas justifié de l'inexactitude du chiffre auquel l'acte de nantissement fixe le montant de la créance (3) ».

Étant donné le silence absolu de la loi, il ne saurait y avoir d'autre façon de faire que d'appliquer aux situations diverses le droit commun pur et simple. Or, en dehors des intérêts échus qui se trouvaient atteints par la prescription quinquennale de l'art.

(1) Dijon, 27 mars 1902, D. P., 1903, II, 169.
Paris, 8 juillet 1905. Defrénois, *Répertoire général du Notariat*, 1906, n° 14640.

(2) *Nouveau code civil annoté* Dalloz, 1907, t. IV, 2e partie « du gage », art. 288.

(3) *Id.*, art. 289.

2277 du Code Civil, tous les autres devaient être conservés au rang de l'inscription : telle était du reste l'opinion généralement admise (1).

### 7° *Sa radiation et sa réduction*

**181.** L'inscription ayant été prise conformément à la loi, il faut envisager l'hypothèse où, pour une raison quelconque, elle devenait non seulement inutile mais même nuisible au crédit du débiteur.

Le cas se produisait par exemple lorsque le commerçant qui avait nanti son fonds n'était plus débiteur ; il s'agissait alors de savoir si, sous le régime de la loi de 1898, on pouvait, comme en matière hypothécaire, demander la radiation de l'inscription.

**182.** Il est incontestable que si l'on ne se plaçait qu'au point de vue de l'intérêt de l'ancien débiteur la radiation s'imposait comme le seul moyen d'effacer une cause de discrédit pour le commerçant qui avait pu faire honneur à ses engagements ; malheureusement la loi de 1898 s'était fort peu soucié de l'intérêt de ce dernier ; sur ce point-là comme sur tous les autres elle avait gardé le mutisme le plus absolu, le plus incompréhensible.

(1) Lesur, *Op. cit.*, n° 133 ; Chabrol, *Op. cit.*, p. 106-107 ; Montier, p. 73.

**183.** Par suite la situation était fort difficile, car, en l'absence d'un texte certain, on était en droit de se demander si oui ou non la radiation était permise et, dans le cas où elle serait licite, de quelle façon il convenait de la réaliser.

**184.** En dehors de toute considération législative, il est un principe incontestable qui domine toute la partie du droit qui traite des obligations ; c'est le principe qui a été mis en valeur dans l'excellente étude de M. Charles Robert (1) et d'après lequel, tout débiteur qui s'acquitte de sa dette a, en dehors de toute disposition d'une loi écrite, le droit d'exiger un titre constatant sa libération.

Ce principe seul devait suffire à légitimer toute radiation d'une inscription de nantissement, du moment qu'elle était effectuée sur la demande de l'intéressé ; or il n'en était pas ainsi et sur ce point la jurisprudence elle-même avait été d'une logique impitoyable. Refusant d'admettre le principe de raison, basé sur le droit naturel, dont nous parlions à l'instant, ne voulant pas comprendre que dans certaines espèces le juge n'a pas besoin d'une autorisation expresse du législateur pour sanctionner un droit évident, les tribunaux avaient rendu certaines décisions dont les conséquences avaient le plus déplorable effet sur le crédit commercial.

(1) Dissertation précitée, D. P., 1903, II, 169, note 1-44, VII.

**185.** Ah ! sans doute, on se heurte une fois de plus à cette objection, qui ne manque pas de valeur, que les greffiers ne pouvaient recevoir aucun émolument en dehors de ceux que les textes leur accordaient ! Mais que cette raison est mesquine à côté des intérêts souvent considérables que compromet une maison discréditée par une inscription qui n'a plus sa raison d'être !

**186.** Les tribunaux donc, s'étant déclarés impuissants à ordonner la radiation des inscriptions requises par la loi de 1898, avaient empiré de ce chef la situation des commerçants qui avaient cru trouver un moyen de crédit dans la mise en gage de leur fonds.

D'après leur jurisprudence, il devenait impossible au débiteur de faire disparaître la trace d'une gêne pasagère et sòuvent le remède était plus néfaste que le mal !

**187.** La Cour de Nancy (1) ne craignit pas de déclarer que la loi du 1er mars 1898, n'ayant édicté aucune disposition en ce qui concernait la mainlevée des nantissements de fonds de commerce, inscrits sur les registres tenus par les greffiers des tribunaux consulaires, *ces derniers ne sauraient être tenus de mentionner en marge des inscriptions les mainlevées*

(1) Nancy, 26 oct. 1901, D. P., 1903, II, 169.

*qui leur sont déclarées et que les tribunaux n'ont même pas le droit d'ordonner l'inscription sur le registre du greffier de la mention d'une mainlevée dont ils ont constaté l'existence et la validité !*

C'était à notre avis méconnaître de la façon la plus grave le *but* poursuivi par la loi de 1898, et pourtant c'était se montrer scrupuleusement respectueux du texte incomplet qu'avait voté le Parlement.

Le législateur (qui se trouve être plus souvent un savant théoricien qu'un simple homme de loi) ne se rend pas toujours compte à l'avance que le texte auquel il donne naissance n'est pas suffisant par lui-même pour faire face à toutes les situations : il s'imagine parfois que les magistrats ont au même degré que lui le don de l'interprétation large en même temps que celui de la compréhension à mi-mot.

Or le juge ne doit pas remplacer le législateur; il doit appliquer intégralement les textes, observer leur esprit lorsque cet esprit découle de la lettre, mais non suppléer à l'insuffisance des articles même lorsqu'elle est voulue.

Nous n'avons pas l'intention d'affirmer par là qu'il doive, dans tous les cas, se montrer un exécuteur aveugle et même inintelligent ; nous insistons simplement sur ce fait que le législateur oublie trop souvent que les magistrats ne sont pas

des légistes et que nul ne saurait leur reprocher une application trop rigoureuse de la loi !

**188.** Nous avons annoncé, par le titre même de ce paragraphe, que nous parlerions de la radiation et de la réduction; le moment est donc venu pour nous, après avoir traité de la radiation, de dire un mot de la réduction.

**189.** Si nous ouvrons le Code, au chapitre qui traite de la réduction des inscriptions hypothécaires, nous lisons dans l'art. 2161 qu'elle a lieu « toutes les fois que les inscriptions prises par un créancier qui, d'après la loi, aurait droit d'en prendre sur les biens présents et sur les biens à venir d'un débiteur sans limitation convenue, seront portées sur plus de domaines différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances. »... ; c'est-à-dire dans le cas d'une hypothèque portant sur tous les biens du débiteur, autrement dit dans celui d'une hypothèque générale.

**190.** Elle a lieu encore dans l'hypothèse à laquelle fait allusion l'art. 2163 lorsqu'il dispose : « Peuvent être aussi réduites comme excessives les inscriptions prises d'après l'évaluation faite par le créancier, des créances qui, en ce qui concerne l'hypothèque à établir pour leur sûreté, n'ont pas été réglées par la

convention et qui, par leur nature, sont conditionnelles, éventuelles ou indeterminées ». C'est-à-dire dans le cas d'une créance indéterminée.

**191.** Or il est incontestable que le nantissement d'un fonds de commerce s'applique à quelque chose de particulièrement bien déterminé; qu'il ne saurait donc s'agir d'hypothèque générale et que par suite se trouve écartée du coup l'une des hypothèses les plus fréquentes où s'applique la réduction.

Reste donc le cas prévu par l'art. 2163. Mais il nous a été donné de voir quelle était l'instabilité de valeur d'un fonds de commerce ! Une demande en réduction aurait-elle eu, dans ces conditions, beaucoup de chance d'être prise au sérieux?

**192.** Le cas d'une réduction devenue nécessaire, sera somme toute fort rare dans la pratique et par suite la loi de 1898 n'a pas commis un bien gros oubli en la passant sous silence.

### 8° *Responsabilité des greffiers*

**193.** A force de vouloir sans cesse assimiler, au point de vue des inscriptions, le régime hypothécaire du Code Civil au régime créé par la loi de 1898, certains auteurs n'étaient par éloignés de penser qu'on devait appliquer aux greffiers des tribunaux

de Commerce les dispositions du Code qui réglementent la responsabilité des conservateurs ! Rien ne saurait être plus étrange.

**194.** Un principe immuable domine toute la question des responsabilités en matière juridique; c'est celui que notre ancien droit, à la suite du droit romain, formulait dans l'axiome bien connu : *nulla pœne sine lege.*

Or, pour ce qui touche à la responsabilité des greffiers, on chercherait en vain dans la loi de 1898 un paragraphe les concernant et nul article du Code au titre XVIII, chapitre X, livre III ne saurait leur être applicable.

**195.** Que reste-t-il alors pour l'établir, sinon les art. 1382 et 1383 qui servent précisément de base à l'art. 2197 du Code Civil lui-même, où il est traité de la responsabilité des conservateurs (1).

Et qu'on ne vienne pas nous objecter que les greffiers, n'ayant pas reçu de rémunération légale, ne sauraient être responsables ! S'ils ne le sont pas en vertu des textes de 1898, s'ils ne le sont pas de par

(1) Ils sont responsables du préjudice résultant :

1° De l'omission , sur leurs registres, des transcriptions d'actes de mutation et des inscriptions requises en leurs bureaux ;

2° Du défaut de mention, dans leurs certificats, d'une ou de plusieurs inscriptions existantes, à moins, dans ce dernier cas, que l'erreur ne provînt de désignations insuffisantes qui ne pourraient leur être imputées. (Art. 2197, du Code Civil.)

les art. 2202 et 2203 du Code Civil, ils le deviennent à coup sûr par application des art. 1382 et 1383, chaque fois que de leur part il y a eu faute et que cette faute a causé un préjudice.

En résumé et pour terminer l'exposition de cette intéressante question, on peut affirmer que seul le droit commun s'appliquait en tous points puisque le législateur de 1898, une fois de plus, ne s'était pas prononcé.

## B

### ÉTENDUE DU PRIVILÈGE

**199.** Il est un fait qui, dans l'état de notre législation n'est plus douteux pour personne, c'est que le créancier qui a obtenu un nantissement régulièrement constitué et inscrit sur le fonds de commerce de son débiteur jouit d'un véritable privilège sur les biens qui composent le fonds nanti.

L'art. 2073 dispose en effet que « le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers ». Or, le nantissement d'un fonds de commerce étant une forme particulière du gage, dans l'esprit du législateur de 1898, le privilège dont parle cet article trouve indubitablement ici son application.

**200.** Les difficultés théoriques qui peuvent surgir ne concernent donc pas la garantie du nantissement par un privilège pour bien saisir leur portée ; il est nécessaire de rapprocher de l'art. 2073, que nous venons de citer, cet autre article également intéressant en matière de privilège (1) qui dit : « Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires ».

Dans ce dernier cas le privilège est fondé, comme le dit très explicitement le Code, sur la qualité de la créance ; dans le premier, au contraire, il s'appuie exclusivement sur le fait de la possession (2). Or, en matière de nantissement des fonds de commerce, il n'y a pas à proprement parler *possession* puisqu'il s'agit de gage sans déplacement ; c'est une dérogation au droit commun, dérogation voulue par la loi de 1898 et rendue indispensable par les besoins de la pratique ; strictement parlant, l'art. 2073 ne trouverait pas ici son application : hâtons-nous d'ajouter que cette théorie excessive n'a pour ainsi dire plus de partisans !

**201.** Un système beaucoup plus répandu est celui

(1) Art. 2095, C. civ.

(2) La convention des parties, expresse ou tacite, en est l'origine.

En ce sens : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, n° 91 ; Laurent, t. XXVIII, n° 492.

dont nous avons eu déjà l'occasion de parler et d'après lequel, sous l'empire de la loi de 1898, la nature du fonds de commerce était, de par cette même loi, « l'universalité juridique ».

Nous avons suffisamment exprimé notre opinion sur ce point pour n'y pas revenir : rappelons simplement ici que, d'après nous, le texte nouveau n'avait pas innové.

**202.** Si donc le fonds de commerce n'était pas une universalité juridique, au sens exact du mot, d'après la loi de 1898, il convient de bien établir quels sont ceux de ses éléments qui devaient régulièrement faire partie du nantissement ; tout le monde était bien d'accord pour les éléments incorporels : clientèle, achalandage, nom, enseigne, droit au bail; c'est pour les accessoires que la discussion se faisait jour et que les auteurs différaient le plus.

**203.** Voyons tout d'abord quelle a été l'attitude des tribunaux dans cette délicate matière.

On peut dès maintenant poser en principe qu'ils ont en général incorporé de plein droit toutes les marchandises dans le nantissement des fonds de commerce, ne faisant exception que dans les cas où les parties en avaient décidé autrement.

Nous trouvons en ce sens de nombreuses décisions déclarant qu'un fonds de commerce cons-

titue une universalité juridique dans laquelle s'absorbent tous les éléments corporels et incorporels qui concourent à sa formation : clientèle, achalandage, droit au bail, marque, enseigne, marchandises, matériel (1) ; proclamant encore que le nantissement du fonds de commerce embrasse dans sa généralité tous les éléments tant corporels qu'incorporels qui sont utiles à l'exploitation du fonds et en constituent dès lors les éléments essentiels (2); que notamment les marchandises servant à l'exploitation doivent être réputées comprises dans le nantissement (3) et que, « parmi les différends éléments qui participent à la formation du fonds de commerce donné en gage, il importe peu que les uns soient corporels et les autres incorporels, que les marchandises ou le matériel soient, par exemple, d'une valeur supérieure au droit du bail ou à l'achalandage; que tous ces éléments ont, en effet, perdu leur individua-

(1) Trib. civ. Les Andelys, 6 nov. 1900, D. P., 1901, II, 97.
— Besançon, 20 mars 1901, D. P.
— Poitiers, 1er juil. 1903, D. P., 1904, II, 54.
— Seine, 16 avril 1902, D. P., 1902, II, 239.

(2) Rouen, 11 décembre 1901, D. P., 1903, II, 169.
Paris, 29 janv. 1902. — *id.*
Nancy, 21 mars 1902. — *id.*
Paris, 18 mars 1903. — *id.*

(3) Rouen, 11 décembre 1901. — *id.*
Dijon, 27 mars 1902. — *id.*
Trib. com. Tourcoing, 30 septembre 1902. — *id.*
Paris, 18 mars 1903. — *id.*
Aix, 11 janv. 1905, D. P., 1905, II, 72.

lité propre ou séparée pour ne former qu'une seule entité juridique, le fonds de commerce (1) ».

L'arrêt rendu par la Cour de Besançon le 30 mars 1901 et déjà cité plus haut résume assez bien l'opinion dont nous venons de nous entretenir.

**204.** A moins donc d'une volonté expresse, manifestée par les contractants, la dation en nantissement d'un fonds comprend tous les éléments qui le composent, aussi bien corporels qu'incorporels : le fonds de commerce est un tout indivisible.

**205.** Comme presque toujours pourtant cette opinion n'a pas été la seule émise par la jurisprudence; il nous faut parler ici d'une autre théorie d'après laquelle, le fonds de commerce étant une universalité juridique depuis la loi de 1898, ni les marchandises, ni le matériel et l'outillage attachés à un commerce ne peuvent être incorporés dans le nantissement d'un de ces fonds.

D'après la plupart des décisions rendues dans ce sens, le fonds de commerce, tel qu'il est envisagé par la loi du 1er mars 1898, constitue une universalité indépendante des objets corporels qu'elle peut contenir et comportant seulement la clientèle,

(1) Les Andelys, espèce précitée.
Voir aussi Grenoble, 14 nov. 1900, D. P., 1901, II, 471.

l'achalandage, l'enseigne, la marque et le droit au bail (1).

**206.** Certains décident encore que l'universailté juridique, constituée par le fonds de commerce et dont la loi du 1er mars 1898 n'a pas défini l'étendue, comprend, à côté des éléments incorporels tels que l'achalandage, la clientèle et le droit au bail, les aménagements et le matériel nécessaires à l'exploitation commerciale, mais pas nécessairement les marchandises (2).

**207.** Toutes ou presque toutes les opinions émises par les tribunaux ont été défendues par les juristes; il est intéressant pour nous de mentionner tout au moins leurs systèmes.

**208.** En tête de liste il nous faut citer MM. Magnin (3), Lesur (4), et Barbier (5).

MM. Magnin et Lesur, après s'être longuement occupés de la question de savoir si le nantissement d'un fonds de commerce comprend les marchandises se prononcent dans le sens affirmatif.

(1) Amiens, 7 juillet 1900, D. P., 1901, II, 97.
Trib. com. de Chalon-sur-Saône, 17 déc. 1900, II, 97.

(2) Trib. com. d'Angers, 7 décembre 1900, D. P., II, 97.

(3) Essai sur le nantissement des fonds de commerce et les résultats de la loi de 1898, p. 28.

(4) *Op. cit.*, p. 148 à 160.

(5) *Op. cit.*, p. 48 et suiv.

D'après eux, nous l'avons dit, la loi du 1er mars 1898 a fait du fonds une universalité juridique au même titre que l'hérédité : par conséquent le nantissement doit porter sans conteste sur l'ensemble des éléments qui peuvent d'une façon ou de l'autre contribuer à l'exploitation du fonds.

M. Barbier, dans sa remarquable étude, publiée dans la *Revue critique des Sociétés et de droit commercial*, dont il a plusieurs fois déjà été parlé au cours de cette étude, après avoir cité MM. Lesur et Magnin, affirme à son tour, que depuis la loi de 1898 le fonds de commerce doit être considéré comme un « ensemble global » ; contrairement à MM. Lesur, Aubry, Rau, Demolombe, il déclare « que, si les éléments du fonds sont divisibles matériellement et par la volonté des parties, ils sont indivisibles au contraire économiquement et commercialement et que le fonds forme réellement un tout global... », il réfute les décisions judiciaires qui corroborent l'avis adverse de M. Montier (1), il cite à l'appui de ses dires les propres paroles de M. Thézard d'après lequel « il est bien évident que les meubles corporels, outillage ou marchandises, ne peuvent

(1) Cour d'Amiens, 7 juil. 1900, époux Lesur contre syndic faillite Bouchard.

Trib. commerce, le Havre, 30 mai 1899, *Gaz. Pal.*, 1900, I, 360.

Trib. com. d'Angers, 7 déc. 1900, D. P., 1901, II, 97.

Trib. com. de Chalon-sur-Saône, 17 déc. D. P. 1901, II, 97.

être remis matériellement au créancier gagiste; ce serait, dit-il, incompatible avec l'idée du simple nantissement ; la difficulté quant à ces meubles se résout principalement par la conception de l'universalité juridique ; les meubles corporels y sont légalement entraînés et absorbés ».

Il ajoute, pour préciser sa pensée, « que les marchandises présentes sont seules comprises dans le nantissement, c'est-à-dire les marchandises en magasin au jour du contrat et toutes celles qui sont à la disposition du constituant, notamment celles qui voyagent à ses risques et périls », la preuve devant être faite sur ce point par le créancier gagiste.

D'après le système opposé, soutenu par MM. Montier (1) et Ruffelet, les marchandises ne sont pas déterminées, individualisées par le régime de publicité inauguré par la loi de 1898, ce qui ouvre toutes larges les portes à la fraude; de plus, si les marchandises font partie des biens nantis, les acheteurs qui sont de mauvaise foi par suite de la publicité se trouveront exposés aux poursuites possibles de la part du créancier gagiste. M. Montier a en outre proposé une distinction entre les marchandises en cours de fabrication et les marchandises fabriquées ; il est d'avis qu'une quantité déterminée de marchandises fabriquées est seule nécessaire au commerçant,

(1) *Des nantissements de Fonds de commerce*, n° 58 ; Ruffelet, *Op. cit.*, p. 122.

quitte à fixer d'une manière ou de l'autre cette quantité.

A côté de ces trois systèmes, il en est encore un qui a pour lui la doctrine et la jurisprudence (1) : « Toutes les valeurs, tous les objets, dit M. Laurain (2), qui font partie de plein droit d'un fonds de commerce,.... sont considérés comme frappés du nantissement constitué sur le fonds selon les formes prescrites par la loi du 1er mars 1898 », exception faite bien entendu pour les créances actives et passives ainsi que pour les « rapports juridiques du même genre nés à l'occasion du commerce ».

**209.** Au milieu de ces divergences, il importe cependant de prendre un parti ; pour nous qui considérons le fonds de commerce comme étant un *universum corpus*, la chose est assez facile surtout sous le régime de la loi de 1898.

Le but poursuivi par le législateur a été, nous le savons, de permettre au commerçant d'utiliser comme moyen de crédit toutes les fractions de son patrimoine qui composent le fonds de commerce : à une condition toutefois, c'est qu'il ne soit pas

(1) Les tribunaux de commerce, à part quelques exceptions que nous avons indiquées (Le Havre, précité ; Trib. com. de Troyes, 2 nov. 1903, *Gaz. Pal.*, 1904, I, 110), opposaient toujours une vive résistance.

(2) Henri Laurain : *Le nantissement de Fonds de commerce*, p. 168.

forcé de se dessaisir, sous peine de voir toute exploitation devenir illusoire.

Le commerçant doit donc garder la libre disposition de ces marchandises, le prix qui provient de la vente tombe dans la masse et le créancier gagiste n'en profite pas ; c'est la conclusion logique de notre système, conclusion qui de prime abord pourra sembler fort peu avantageuse pour le créancier gagiste.

Et pourtant si l'on se donne la peine de réfléchir quelques instants, il est incontestable que celui-ci pouvait toujours s'arranger de façon à ne pas souffrir de cet état de choses : il n'avait qu'à stipuler que les marchandises en magasin devraient toujours représenter un chiffre minimum, pour se mettre à l'abri de toute surprise.

Faute de cette précaution, il lui était possible encore d'exercer son privilège sur les marchandises existant en nature (1), il pouvait même peut-être, quoique cet avis soit plus discutable, exercer son droit de préférence sur leur prix, tant que ce prix restait distinct du patrimoine général (2).

(1) Par suite de l'inscription, l'exercice du privilège sur le fonds de commerce est acquis, sans qu'il soit besoin de la mise en possession du créancier. Il en est ainsi quant aux marchandises existant au moment de la constitution du gage, soit neuves, soit renouvelées depuis (civ., 31 oct. 1906, D. P., 1906, I, 528).

(2) Voir sur le premier point l'opinion de la Cour de Nancy, dans son arrêt déjà cité du 21 mars 1902, D. P., 1903, II, 179 ; sur le second et le troisième point l'article de M. Wahl en note dans S., 1901, II, 177 précité.

Devant reprendre l'étude de cet intéressant problème à propos de la loi de 1909, nous ne nous étendrons pas davantage ici sur la question des marchandises et nous aborderons de suite cette autre difficulté : *les créances et les dettes étaient-elles comprises dans le nantissement sous l'empire de la loi de* 1898 ?

Sur ce point la jurisprudence est fort restreinte et l'on ne peut guère citer que le jugement émanant du tribunal de Commerce de Flers (1).

Ce dernier décide, à propos des créances acquises au commerçant par suite de son exploitation, que la loi du 1er mars 1898 n'ayant pas abrogé les règles relatives au gage des créances mobilières, le nantissement consenti par une société anonyme sur le « matériel, les marques de fabrique, le fonds commerce, les marchandises, le droit au bail lui appartenant, en un mot sur tout l'actif de la société » ne porte pas sur les créances acquises à la société au moment de sa dissolution, s'il n'a pas été signifié aux débiteurs de ces créances, conformément à l'art. 2075.

En d'autres termes et d'une façon plus générale, le tribunal de Commerce de Flers décide que le nantissement d'un fonds de commerce ne comprend pas les créances qui en dépendent.

(1) 15 mai 1900, D. P., 1901, II, 97.

Les avis étaient très partagés en doctrine ; certains auteurs avaient en effet soutenu que, sous la législation de 1898, les créances et les dettes devaient forcément entrer dans la masse des biens nantis ; ils s'appuyaient toujours sur le même argument du fonds de commerce universalité de droit.

D'autres, moins positifs, avaient refusé d'admettre cette conséquence de l'universalité juridique en l'absence d'un texte clair et précis : ils se rapprochaient davantage de notre conception (1).

## C

### EFFET DU NANTISSEMENTffi

**210.** Une fois de plus il nous est donné de constater combien le texte que nous interprétons est laconique ; pas un mot n'y fait allusion aux effets du nantissement d'un fonds de commerce et pourtant nous sortons absolument ici du droit commun, nous trouvant en présence d'une situation juridiquement imprévue en matière de gage.

Le gage, nous l'avons dit, est le nantissement

(1) Il y aurait encore beaucoup de choses intéressantes à dire sur les brevets d'invention ; les marques, modèles et dessins de fabriques, les marchés à livrer, etc... Nous ne pouvons nous étendre sur ce sujet et nous renvoyons, pour le premier point, à l'intéressant ouvrage de Pouillet : *Dessins et modèles de fabrique*, n° 1607, pour le second aux ouvrages précités de MM. Montier et Lesur.

d'une chose mobilière que le débiteur remet au créancier pour sûreté de la dette : le créancier n'a qu'un simple droit de détention sur la chose, il ne peut par conséquent s'en servir. Le débiteur conserve la propriété et ne peut en être dépouillé par le créancier qu'après l'observation de plusieurs formalités tracées par l'art. 2078 du Code Civil.

Ici, rien de semblable ! le bien donné en gage, c'est-à-dire le fonds de commerce n'est pas remis au créancier, il reste en la possession du débiteur qui pourra s'en servir ; cet état de choses résulte, à n'en point douter, de ce fait que le nantissement d'un fonds de commerce est une véritable hypothèque, non un gage.

**211.** Nous avons donc à étudier ces effets quant aux droits du créancier, quant aux droits et aux obligations du débiteur.

## I

### *Effets du nantissement quant aux droits du créancier*

**212.** Le créancier, en matière de nantissement de fonds de commerce, n'est pas mis, nous l'avons vu, en possession du gage ; il ne saurait être tenu de restituer un objet qu'il n'a jamais reçu et par suite la situation dont il s'agit peut sembler très différente, de prime abord, de celle d'un créancier

gagiste ordinaire : il n'en est rien si l'on va au fond des choses.

**213.** Dans le cas d'un gage comme dans celui du nantissement d'un fonds de commerce, l'obligation principale du créancier est de replacer le débiteur dans la situation exacte où il se trouvait avant d'avoir consenti la sûreté : le résultat est atteint par la radiation de l'inscription apposée sur le registre du greffe. Désormais le commerçant est absolumeut libre, il a satisfait à sa dette, rien ne doit plus le lier à son prêteur.

Telle est l'obligation par excellence du créancier, voyons maintenant quels sont ses droits.

**214.** Lorsqu'il s'agit d'un gage ordinaire, le créancier qui détient la chose peut exercer soit son droit de rétention, soit le privilège ; ou, pour parler un langage plus pratique, il doit jalousement garder la chose en sa possession afin de pouvoir, le cas échéant, exercer son privilège.

**215.** S'agit-il, au contraire, du nantissement de fonds de commerce, le créancier n'ayant pas en sa possession la chose donnée en gage ne saurait exercer un droit de rétention, tout ce qu'il peut faire c'est de recourir à son droit de préférence. Dans ces conditions, le créancier gagiste dispose

de tous les avantages qui caractérisent un droit réel de gage (droit de suite, droit de faire vendre, droit de se faire payer par préférence) à l'exclusion du droit de rétention.

### 1° *Droit de suite*

**216.** Les avis étaient très partagés sur le point de savoir si oui ou non le créancier, dans le cas qui nous intéresse, pouvait exercer, comme tout créancier gagiste, un droit de suite (1).

Les divergences d'opinions provenaient, encore cette fois, du mutisme déconcertant des textes et du silence des rapporteurs. Il importe donc de solutionner la difficulté par le raisonnement.

En matière de simple gage où toujours il s'agit, par définition, de biens mobiliers, le droit de suite du créancier se trouve paralysé par l'exception : « en fait de meubles possession vaut titre » ; d'autre part la règle « en fait de meubles... » ne s'applique jamais qu'aux meubles corporels ; or nous avons pu nous rendre compte qu'on rangeait assez généralement le fonds de commerce au nombre des meubles incorporels, d'où la conséquence logique et impor-

(1) Voir à ce sujet : MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Op. cit*, t. I, p. 72 ; Laurain, *Op. cit.*, p. 176 ; Ruffelet, *Op. cit.*, p. 150 ; Magnin, *Op. cit, Annales de Droit commercial*, 1900, p. 31.

tante que la règle « en fait de meubles..... » ne s'applique pas dans notre cas.

Mais, pour que le droit de suite puisse être exercé, il est indispensable que l'inscription, qui rend le nantissement opposable aux tiers, ait été faite avant l'aliénation ; c'est la seule condition nécessaire. Prise après l'aliénation elle serait dénuée de tout effet utile.

Moyennant cette précaution et grâce au droit de suite, le créancier aura la possibilité de suivre son gage entre les mains de tout tiers détenteur, de le saisir, de le faire vendre, de se payer par privilège sur le prix.

**217.** Et, qu'on le remarque bien, lorsque nous parlons ici de l'existence indéniable du droit de suite, de sa réelle efficacité, nous ne nous contentons pas d'exprimer simplement une opinion ; nous étayons notre avis sur celui de MM. Magnin, Laurain, Barbier et nous nous rappelons à propos qu'au dire de M. Lesur un des effets les plus considérables de la loi de 1898 a été de renforcer le droit de suite, puisque, sous son régime, les art. 2279 et 2280 du Code Civil ne peuvent trouver leur application (1). Nous nous appuyons encore sur un certain nombre de décisions judiciaires qui ont envisagé la question

(1) Il s'agit, en effet, nous l'avons déjà dit, d'un meuble incorporel.

sous le même jour que nous en reconnaissant un droit de suite au créancier nanti (1).

**218.** Jusqu'ici nous avons raisonné dans l'hypothèse de la vente du fonds *en bloc*; mais un cas très intéressant à notre avis peut se produire : c'est celui où l'aliénation a eu pour objet des meubles corporels pris individuellement.

On peut remarquer, dès l'abord, qu'il s'agit ici de meubles corporels et donc que l'art. 2279 doit s'appliquer sans réserve ; mais aussi que les art. 2279 et 2280 font allusion à des cas de vol ou de perte, ce qui, n'étant plus du tout notre hypothèse, vient singulièrement compliquer la situation.

Le paragraphe 2 de l'art. 2280 du Code Civil, créé par la loi du 11 juillet 1892 et qui fait mention de l'art. 2102 peut, dans une certaine mesure, nous mettre sur la voie, si nous nous rappelons ses dispositions (2).

Il s'agit, dans l'art. 2102, d'énumérer les *privilèges sur certains meubles* et l'on commence par citer le privilège du bailleur ; à l'alinéa 5 du paragraphe premier, cet article dispose : « Le propriétaire peut saisir les meubles qui garnissent sa maison ou sa

(1) Trib. civ. Rouen, 25 juillet 1899, *Gaz. Pal.*, 99, II, 382 ; Trib. com., Rouen, 13 juillet 1900, D. P., 1901, II, 97 ; Trib. com., Rouen, 8 juillet 1903, *Gaz. Pal.*, 1903, II, 405.

(2) Dans ce sens : Chabrol, p. 140 et suiv. sur la question d'une façon générale ; Th. Huc, *Op. cit*, t. 13, art. 2102, p. 88 et suiv.

ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement, et il conserve sur eux son privilège, pourvu qu'il ait exercé la revendication : savoir lorsqu'il s'agit du mobilier qui garnissait une ferme, dans le délai de quarante jours et, dans celui d'une quinzaine, s'il s'agit de meubles garnissant une maison ».

Or on peut soutenir avec une partie de la doctrine qu'il s'agit ici d'un vol, étant donnés les rapports tout spéciaux du bailleur avec les meubles disparus (1).

**219.** Si l'on rapproche maintenant la situation du bailleur et celle du créancier nanti il est possible de trouver entre elles assez de ressemblances pour leur appliquer une disposition commune.

N'oublions pas toutefois qu'il faut se garder d'étendre un texte spécial ; qu'on ne saurait par conséquent pas observer les délais particuliers de l'art. 2102 (§ I, al. 5), qui sont exorbitants du droit commun.

**220.** Au point de vue pratique la solution diffère suivant qu'il s'agit d'une vente de *matériel* ou de *marchandises :* dans le premier cas en effet, il est probable que le vendeur n'a pas obtenu le consentement même tacite du créancier nanti ; dans le

(1) C'est, du reste, ce qu'a fait la loi du 11 juillet 1892 en ajoutant un alinéa à l'art. 2280.

second le consentement est toujours sous-entendu, il est en quelque sorte la condition même du nantissement dont il constitue l'un des plus sérieux avantages ; dans le premier cas, le créancier n'aura pas le droit de protester contre l'aliénation des marchandises qui n'est que l'exercice d'un droit du débiteur, dans le second il fera bien de prendre au plus vite ses dispositions pour que son inaction ne puisse être interprétée comme une preuve suffisante de consentement tacite.

### 2° *Droit de faire vendre*

**221.** Le nantissement des fonds de commerce a pour raison d'être un prêt sur gage ; si à l'échéance du terme fixé pour le remboursement, le créancier n'est pas complètement indemnisé il pourra, comme tout créancier gagiste, faire vendre le gage pour se payer sur le prix : c'est l'application du droit commun.

**222.** La chose n'est pourtant pas aussi simple qu'on pourrait le croire, car, sans même se demander quelles sont les règles qui doivent être appliquées (1), on peut être arrêté par ce fait que les

(1) Ce gage pouvant être considéré, nous l'avons dit, comme une hypothèque mobilière, malgré la place qu'occupe dans le Code le texte de la loi de 1898.

formalités diffèrent suivant que le gage est civil ou commercial.

Le nantissement du fonds de commerce est-il civil, on observera les indications de l'art. 2078 du Code Civil (1) ; est-il commercial, ce sera le cas d'appliquer l'art. 93 du Code de Commerce.

En matière civile, le créancier gagiste ne peut faire opérer la vente du gage qu'après y avoir été autorisé par un jugement : c'est une source de frais assez considérables et surtout d'interminables lenteurs.

L'art. 93 du Code de Commerce, dans son alinéa premier, supprime l'autorisation en justice; il se contente d'une signification faite au débiteur et, s'il y a lieu, au tiers qui a constitué le gage, puis d'un délai de huit jours depuis la date de la signification ; le tout afin de laisser au débiteur un certain laps de temps durant lequel il pourra se procurer les capitaux nécessaires au paiement (2).

**223.** Deux cas principaux peuvent se présenter, suivant que le fonds se trouve entre les mains du

(1) Art. 2078 : « Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage, sauf à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par expert ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle. »

(2) Pour ces points : voir Lyon-Caen, et Renault : *Manuel de Droit commercial*, p. 306, 7e édition.

débiteur, ce qui est normal, ou qu'il est en la possession d'un tiers acquéreur poursuivi par le créancier en vertu de son droit de suite :

### A) *Le débiteur est resté à la tête de son fonds de commerce*

**224.** Pour bien comprendre les diverses hypothèses qu'il faut envisager en étudiant cette question, il est indispensable de se faire une idée exacte de la situation du débiteur par rapport au créancier nanti, de la situation surtout de ce dernier par rapport aux autres créanciers.

Vis-à-vis du débiteur, le créancier est tout puissant, lorsqu'il ne satisfait pas à ses engagements : d'un seul geste il peut irrémédiablement ruiner son commerce, pour obtenir le paiement de ce qui lui est dû.

Vis-à-vis des autres céanciers, le créancier nanti jouit d'un réel avantage ; lui seul peut faire vendre, *en bloc*, la masse composant le fonds de commerce, alors que les autres créanciers ne pourront saisir que certains éléments du fonds (ceux qui sont saisissables), alors surtout qu'ils ne pourront saisir que des éléments isolés.

**225.** Ceci dit, passons en revue les cas qui se produiront.

Le plus important, le plus simple, celui qui le premier vient à la pensée est le cas de la :

### 1° *Vente en bloc réalisée par le créancier nanti*

**226.** Comme nous l'avons toujours fait jusqu'ici, voyons ce que dit la législation de droit commun sur le gage et notons les différences qui peuvent exister entre cette législation et celle qui est applicable au fonds de commerce.

L'art. 2078 envisage les deux alternatives possibles : ou bien la justice, appelée à se prononcer, ordonnera la vente aux enchères, ou bien elle attribuera le gage au créancier jusqu'à concurrence de ce qu'on lui doit, l'une ou l'autre de ces hypothèses dépendant des conclusions déposées par le créancier qui a le droit d'opter dans un sens ou dans l'autre (1).

#### a) *Vente aux enchères*

**227.** De deux choses l'une : ou le gage est civil ou il est commercial. Dans le premier cas il faudra appliquer

(1) Il est bien entendu que *dans tous les cas* la justice *doit* se prononcer ; un titre exécutoire sans jugement ne suffirait même pas (arg. art. 2078). Une seule exception très importante à été apportée à cette règle impérative par le Code de commerce, dans le cas où il s'agit d'un gage commercial ; l'art. 93 du Code de commerce, § 1er, dispose, en effet, que : « A défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage. »

l'art. 2078 du Code Civil et obtenir l'autorisation du tribunal ; dans le second, c'est l'art. 93 dont les dispositions devront être observées ; dans l'un et l'autre il s'agit d'une vente en bloc.

Cette affirmation mérite d'être expliquée d'un mot. Pour ceux qui admettent que la loi de 1898 a créée l'universalité juridique il est incontestable que cette loi n'avait pas en vue la vente ; donc on ne saurait appliquer à la vente les avantages de l'universalité juridique.

Par suite, les divers créanciers du constituant qui voudraient saisir le fonds et le faire vendre ne pourraient opérer que sur chacune des parties du fonds et non sur le tout. Le créancier gagiste, au contraire, a le droit de vendre en bloc le fonds de commerce (1) à la condition toutefois de ne point faire précéder cette vente d'une saisie-exécution, pour l'excellent motif qu'il n'existe pas de procédure de saisie pouvant s'appliquer au fonds de commerce.

Il s'agit naturellement ici d'une vente publique faite par le ministère d'un notaire (2) (le fonds de

(1) V. Lesur, *Op. cit.*, p. 196.

(2) Caen, 29 juin 1901 : *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1902, n° 10796.

Trib. civ. Rochefort ,3 juil. 1892 : *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1903, n° 11171.

Trib. civ. Seine, 16 avril 1902 : *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1903, n° 11197.

Trib. civ. Paris, 29 mai 1902 : *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1903, n° 11196.

commerce est un meuble incorporel sous le régime de la loi de 1898), à l'occasion de laquelle on observe les formalités ordinaires de publicité ; l'adjudication est faite au profit du plus offrant sans qu'il y ait lieu à surenchère en l'absence d'un texte spécial (1).

b) *Attribution au créancier jusqu'à concurrence de ce qu'on lui doit*

228. L'hypothèse sera infiniment plus rare que la précédente, il faudra tout d'abord estimer le fonds et le faire attribuer ensuite au créancier par le tribunal jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû.

En somme, rien ne saurait être moins pratique que la réalisation du fonds de commerce en matière de nantissement ; il arrive en effet chaque jour que le débiteur menacé de vente liquide hâtivement ses marchandises dans le but de nuire au créancier nanti et de rendre la vente infructueuse ; celui-ci se trouve impuissant à conjurer la fraude, ne pouvant recourir au référé qui n'existe pas en matière commerciale.

De plus la confection du cahier des charges (utile mais non nécessaire, il est vrai), destiné à éclairer les enchérisseurs, ne sera pas toujours facilitée par le fait

(1) Le prix une fois payé devrait être distribué entre tous les créanciers à l'amiable, ou s'ils ne peuvent arriver à s'entendre, à l'aide de la procédure de distribution par contribution.

que le débiteur a en sa possession tous les éléments du fonds et que seul il en connaît la valeur; d'où mille difficultés secondaires dont se hérisse le nantissement et qui en font un instrument de crédit incommode, coûteux, quelquefois même illusoire par suite de la pitoyable rédaction de la loi du 1er mars 1898.

**229**. Lorsque, contrairement à ce que nous venons de supposer, la vente n'a pas lieu à l'instigation du créancier nanti, elle peut être provoquée par les co-créanciers, ce qui nous amène à parler brièvement de la

2° *Vente poursuivie par les autres créanciers*

**230**. Il ne s'agit plus ici de vente en bloc, mais bien de saisie partielle et de vente partielle ; les créanciers pourront vendre séparément : les brevets, les marques de fabrique, l'outillage, les marchandises, etc..... à moins qu'ils n'en soient empêchés par le créancier nanti dont l'intérêt évident est d'arrêter les poursuites et de vendre en bloc, dans le but d'obtenir un prix bien supérieur.

**231**. Une dernière hypothèse pourra enfin se produire au cas de faillite du débiteur; il est intéressant d'étudier, pour finir, la situation du créancier nanti dans le cas d'une :

### 3° *Vente après faillite*

**232**. La première question qui se pose à ce sujet est incontestablement celle de savoir jusqu'à quel moment de la procédure d'une faillite il est possible de donner un fonds de commerce en nantissement.

La réponse est assez simple et se résout par une distinction à faire entre la constitution elle-même et l'inscription requise par la loi de 1898.

Le nantissement constitué pendant la période suspecte (1), pour garantir une dette antérieurement contractée, est nul de plein droit aux termes de l'art. 446 du Code de Commerce et sans effet au regard de la masse (2), mais il n'en est pas de même relativement à l'inscription au greffe, qui pourra fort bien avoir lieu durant cette période (3) et jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite ou de la liquidation judiciaire, conformément à l'art. 448, alinéa premier du Code de Commerce (4).

(1) Entre l'époque de la cessation des paiements et le jugement déclaratif.

(2) Dissertation de M. Ch. Robert, D. P., 1903, II, 169 ; note 1-44 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, n° 25 ; Code de commerce annoté Dalloz, art. 446 et n$^{os}$ 246 à 268 ; Supplément au même code, n° 7201 et 7202.

(3) Rennes, 26 juin, 1902, D. P., 1903, II, 169.

(4) Dissertat. Ch. Robert précitée.
Dijon, 17 mai 1901, D. P., 1901, II, 470-1.
Rennes, 26 juin 1902, précité.

**233.** On peut dire d'une façon générale, que la faillite n'a aucune influence sur les droits du créancier gagiste ordinaire, lequel conserve intacte la faculté de faire vendre la chose mise en gage dont la situation n'est en rien changée par la suspension des poursuites individuelles qui ne le concerne pas (1).

Le créancier nanti, de son côté, aura toujours le droit de faire vendre le fonds, dans les formes qui ont été exposées plus haut ; tout ce que le syndic, autorisé à continuer l'exploitation (2), pourrait faire, serait de le rembourser afin de continuer l'exploitation (3).

**234.** Telle est la règle; voici maintenant un point particulier.

Le créancier, supposons-le, qui a le droit d'exiger la vente du fonds, renonce à ce droit pour une raison ou pour l'autre ; arrivera-t-il à paralyser, par ce fait, le droit de vente qui appartient aussi au syndic?

Nous ne le croyons pas, quoique la question

(1) L'article 547 dispose cependant que « les syndics pourront à toute époque, avec l'autorisation du juge commissaire, retirer les gages au profit de la faillite, en remboursant la dette ». Ce texte doit trouver son application dans le cas qui nous occupe.

(2) Par le juge-commissaire, dans la période préparatoire ; ou par les créanciers après l'union.

(3) Arg. Art., 547.

soit discuttée, car sans cela le créancier nanti aurait entre les mains un moyen d'arrêter arbitrairement la procédure de la faillite, ce qui est inadmissible à tous les points de vue (1).

B) *Le fonds de commerce est entre les mains d'un tiers*

**235.** Les quelques explications déjà données plus haut, sur le droit de suite, nous permettront de mieux comprendre cette partie très intéressante de notre sujet.

Très intéressante, disons-nous, car il s'agit ici de créer de toutes pièces une procédure que ne réglemente aucun texte, à laquelle ne fait allusion aucune discussion parlementaire.

C'est par analogie qu'il faut procéder, en cherchant quelles sont les dispositions législatives qui pourront le mieux s'appliquer à l'hypothèse très importante qui nous occupe. La voici en un mot :

**236.** Le débiteur qui a constitué un nantissement sur son fonds de commerce s'est permis de vendre le fonds sans obtenir l'assentiment du créancier nanti; celui-ci a-t-il le droit de suivre son gage entre les mains du tiers acquéreur nouveau propriétaire,

(1) Dans le cas d'un créancier gagiste ordinaire, il n'en est pas de même, puisque ce créancier n'a de droit que sur telle ou telle partie des biens, non sur le fonds tout entier.

de le faire vendre dans les formes ordinaires et de se payer, par préférence, sur le prix? Oui, sans aucun doute ; mais comment s'y prendra-t-il, à quelle procédure aura-t-il recours, tel est le problème à la solution duquel nous allons employer quelques instants.

**237.** Du moment que la loi de 1898 est muette, le plus simple est de nous référer à la situation du Code Civil qui se rapproche le plus de celle dont nous commençons l'étude, à la législation hypothécaire par conséquent.

Le tiers détenteur, touché par la sommation de payer ou de délaisser (1), a plusieurs moyens de sortir de cette mauvaise posture (2).

**238.** Il peut tout d'abord avoir des exceptions à proposer : celle de discussion, celle de garantie. A défaut de ces dernières, il est libre de choisir entre le paiement pur et simple de la dette hypothécaire, la purge ou le délaissement.

Le but du commandement préliminaire (3)

(1) L'exercice du droit de suite, en matière hypothécaire, doit forcément être précédé d'un commandement au débiteur et d'une sommation de payer ou de délaisser au tiers détenteur.

(2) Sur ces points, v. Baudry-Lacantinerie : *Précis de Droit civil*, t. II, 8e édit., p. 1046 et suiv.

(3) Ou de la sommation lorsque l'acte de nantissement est sous seing privé, car le créancier n'est jamais obligé, pour arriver à la réalisation du gage, d'obtenir un titre exécutoire en matière commerciale.

envoyé au débiteur est d'avertir le principal intéressé que le moment de payer est venu ; ce qui est vrai en matière hypothécaire l'est aussi lorsqu'il s'agit du nantissement d'un fonds de commerce.

**239.** La sommation, nécessaire lorsqu'il est question d'hypothèque, l'est encore dans notre hypothèse, et le tiers pourra, dans un cas comme dans l'autre, faire valoir des exceptions, tout au moins, celle de garantie (1).

**240.** S'il n'a pas d'exceptions à proposer, pourra-t-il choisir parmi les partis que lui offre la loi hypothécaire ? lui sera-t-il loisible de payer, purger ou délaisser ?

Il y a ici certaines distinctions à établir.

Le tiers qui s'est rendu acquéreur du fonds pour un prix supérieur ou égal à la somme que réclame le poursuivant aura sans aucun doute avantage à désintéresser le créancier nanti, à moins que ce dernier ne se contente d'un paiement partiel, ce qui arrivera très rarement ; mais pourra-t-il purger ou délaisser ?

Non, car il faudrait une loi pour autoriser la purge, il faudrait une procédure spéciale pour permettre le délaissement.

(1) La question est controversée pour l'exception de discussion qui ne saurait être admise sans un texte spécial.

**241.** La situation du tiers acquéreur est donc infiniment simple en matière de nantissement de fonds de commerce ; il n'a le choix qu'entre deux moyens extrêmes : *payer ou laisser vendre.*

Mais, qu'on le remarque bien, ce n'est pas le fonds de commerce tel qu'il se trouve aux mains du tiers acquéreur, c'est-à-dire avec les améliorations, les accroissements, les transformations dont il a profité, qui doit être vendu ; mais bien le fonds de commerce tel qu'il *devait être* actuellement entre les mains du tiers acquéreur s'il l'avait géré en bon père de famille (sans en augmenter la valeur par des perfectionnements quelconques) (1).

**242.** Cela ne veut pas dire toutefois que le tiers acquéreur doive, comme on a voulu le soutenir (2), représenter une quantité de marchandises égale à celle qu'il a reçue. Hâtons-nous de dire que la situation que nous venons d'envisager est assez rare et que le plus souvent, dans la pratique, les commerçants, avant d'acheter un fonds, s'arrangent pour obtenir l'autorisation du créancier nanti.

(1) Brevets, marques, nouveau matériel, stock de marchandises nouveaux, acquis depuis la vente et dont il sera facile de déterminer la valeur, surtout si dans la vente du fonds on a évalué séparément les marchandises.

(2) En sens contraire, Chabrol, *Op. cit.*, p. 177.

Dans notre sens, M. Lyon-Cæn, lors de la soutenance de la thèse précitée à Paris, le 27 mai 1904.

### 3° *Droit de préférence*

**243.** A côté du droit de suite, du droit de faire vendre, le créancier nanti jouit encore, nous le savons, d'un droit de préférence.

Ce droit de préférence s'exerce au moment où le gage du créancier vient d'être réalisé, parfois après une vente à l'amiable, parfois après une vente opérée par le syndic, parfois encore après une vente faite à sa requête ou à celle des autres créanciers.

C'est donc le créancier nanti qui viendra, par privilège, avant tous les créanciers chirographaires, avant tous les créanciers nantis postérieurs en date ; par contre il sera primé par les créanciers nantis antérieurs, par ceux aussi qui ont des privilèges préférables au sien.

**244.** Lorsqu'un même fonds a été donné en nantissement à plusieurs créanciers, il semble que ce soit la règle *prior tempore potior jure* qui doive toujours être appliquée, même lorsque les créanciers ont pris inscription le même jour (1), et cela malgré les difficultés pratiques de la chose ; certains

(1) D'après l'article 2147 : « Tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand cette différence serait marquée par le conservateur » ; mais il s'agit d'un texte spécial.

auteurs se montrent cependant plus larges et permettent l'application de la loi hypothécaire.

**245.** Ceci posé, passons rapidement en revue les divers cas qui pourront se produire lorsque le créancier nanti se trouvera en concours avec certains créanciers privilégiés tels que : le bailleur, le vendeur du fonds, le vendeur de marchandises, les créanciers à raison des frais exposés pour conserver la chose ou pour frais de justice, les gens de service, ouvriers, etc.

Parmi les privilèges auxquels nous faisons allusion, il y en a de généraux et de spéciaux; nous allons étudier ici leur concours.

**246.** Le conflit qui s'élève entre créanciers ayant un privilège général et créanciers jouissant d'un privilège spécial a été résolu de bien des manières différentes; nous adoptons de préférence la théorie qui, ne considérant que la qualité du privilège, classe ceux-ci d'après ce critérium sans s'évertuer, comme le font beaucoup d'auteurs, à les distinguer en catégories préférables les unes aux autres.

Dans ce système, les créanciers qui ont fait des frais pour la constatation et la conservation de la masse commune, la réalisation de cette masse et la distribution du prix en provenant (1) doivent passer

(1) V. pour tous ces points, Baudry-Lacantinerie : *Précis de Droit civil*, 8e édition, t. II, p. 876.

les premiers ; le locateur doit également être préféré au vendeur si l'on s'en réfère à l'art. 2102 à moins, bien entendu, que le vendeur ne lui ait signifié son privilège.

**247.** Ceci dit, il nous sera aisé de résoudre les problèmes qui se posent à nous et qui reviennent à solutionner le conflit du privilège du créancier nanti avec les privilèges généraux, avec les privilèges spéciaux portant sur les meubles qui entrent dans la composition du fonds, avec d'autres privilèges spéciaux.

**248.** — **I.** Aucune difficulté dans le premier cas si l'on se range à l'opinion émise tout à l'heure et qui a pour elle, en doctrine, la majorité des suffrages : on place en tête les frais de justice de l'art. 2101, puis aussitôt après les créances dont le privilège est basé sur l'idée de gage (bailleur, créancier gagiste), enfin les créanciers à privilèges généraux, autres que ceux pour frais de justice : c'est l'application pure et simple du droit commun.

**249.** — **II.** Dans le deuxième cas, il faut envisager la situation du créancier nanti qui se trouve en présence d'autres créanciers gagistes, du bailleur de l'immeuble, ou du vendeur de meubles.

L'hypothèse du créancier nanti d'un fonds de

commerce, qui se heurte au créancier gagiste, est excessivement simple à résoudre si l'on remarque que l'un est en possession de la chose donnée en gage tandis que l'autre ne l'est pas ; le premier doit à coup sûr l'emporter sur le second : c'est encore l'application du droit commun.

**250.** En revanche, la situation du créancier nanti d'un fonds de commerce, qui voit se dresser en face de lui le bailleur de l'immeuble, demande quelques explications.

Il est incontestable que les droits de ces deux créanciers sont assis, les uns comme les autres sur une idée de gage; or dans un conflit de ce genre c'est évidemment la priorité du gage qui doit fixer la priorité du privilège.

Le plus souvent il arrivera que le bail soit antérieur au nantissement; c'est donc le privilège du bailleur qui dans la généralité des cas l'emportera.

**251.** Les rivalités, enfin, du créancier nanti d'un fonds de commerce et du vendeur de meubles est assez délicate; les uns disent que la situation ne saurait se produire, les autres l'admettent au contraire sans réserve.

« Le droit du créancier nanti porte, dit-on, sur le fonds, non sur chacun des éléments qui le forment ou s'y incorporent. Au contraire le droit du vendeur

affecte uniquement les choses par lui livrées et qui viennent s'y adjoindre de son chef.

« L'objet des droits de chacun n'est pas le même : il n'y a donc pas de concours possible entre eux. On serait ainsi conduit à conclure que, en cas de distribution du prix du fonds, le vendeur d'objets corporels, qui aurait conservé son privilège, devrait être payé, en premier lieu, sur le prix par eux fourni, le créancier nanti étant ensuite désintéressé sur le prix global. Il est vrai, ajoute-t-on, que le vendeur, d'objets mobiliers, incorporés par un acheteur à un immeuble hypothéqué, ne peut exercer son privilège au préjudice du créancier hypothécaire et qu'il serait assez logique de décider, par analogie (1), en cas de nantissement.

« Mais, dit-on encore, la situation n'est pas semblable, les immeubles par destination ne viennent pas en quelque sorte se fondre avec l'immeuble, auquel ils sont attachés de la même façon que les marchandises ou le matériel dans le fonds correspondant, ainsi que le veut la loi du 1er mars 1898 sous le rapport du nantissement (2) ».

Tout en étant assez partisan de cette théorie très logique et très juridique, nous devons exposer d'un mot l'autre système plus communément admis.

(1) Aubry et Rau, *Op. cit.*, 5e édit., t. III, p. 670.

(2) Laurain, *Op. cit.*, p. 183.

On s'entend généralement, pour donner la préférence au créancier nanti et l'on s'appuie pour le faire sur ce que les divers marchands n'avaient qu'à se renseigner avant de contracter avec le débiteur (1).

**252.** — **III.** Le troisième conflit que nous ayons à envisager est celui où le créancier nanti se trouve en concours avec un autre créancier nanti ou encore avec le vendeur du fonds.

Le premier de ces cas est de nature à se réaliser très fréquemment, il ne présente aucune difficulté et la compétition doit se résoudre, comme nous le disions plus haut, par la priorité de l'une des inscriptions sur l'autre.

Le deuxième cas, par contre, est infiniment rare, car le vendeur est déchu du privilège en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de son acheteur et c'est à ce moment précis que le privilège aurait une réelle efficacité.

La disposition de l'art. 550 du Code de Commerce est excessivement préjudiciable au vendeur (2) puis

(1) Sauf le cas où le créancier nanti connaît l'existence du privilège des vendeurs, ceux-ci devant prouver le fait ; cette restriction ne concerne guère que le matériel qui reste attaché au fonds durant toute l'exploitation.

(2) Il a été jugé que la disposition de l'article 550, qui interdit au vendeur d'effets mobiliers d'exercer son privilège contre la faillite de l'acheteur, n'est point applicable au créancier gagiste. Nancy, 21 mars 1902, précité.

qu'elle supprime purement et simplement l'utilité du privilège dans la pluralité des cas ; c'est là sans doute qu'il faut chercher l'origine d'une clause spéciale, presque de style parmi les vendeurs sous la loi de 1898, et d'après laquelle le fonds vendu était donné en nantissement pour garantir le paiement du prix (1).

Une dernière question se pose, à propos du droit de préférence qui mérite d'être traitée avec quelque développement ; elle concerne :

### I. *L'exercice et l'étendue du privilège en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du débiteur*

**253.** Lorsque le débiteur tombe en faillite ou en liquidation judiciaire, le créancier gagiste, dont les droits sont antérieurs à l'époque de la cessation des paiements, conserve incontestablement son privilège, à l'encontre de la masse des autres créanciers.

C'est pour ce motif que le créancier qui a stipulé une sûreté rendue publique avant la cessation des payements du débiteur reste absolument étranger à la faillite ou à la liquidation ; que le vendeur dont

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 67, III, p. 55. La validité de cette clause a été reconnue par plusieurs décisions judiciaires, notamment : Nancy, 21 mars 1902, D. P., 1903, II, 169 ; Trib. com. Rouen, 12 juil. 1900, D. P., 1901, II, 97.

nous parlions plus haut (qui, en garantie du payement de son prix, se fait reconnaître un nantissement sur le fonds vendu et inscrit régulièrement le nantissement) conserve le droit de faire vendre le fonds même après la déclaration de faillite ou de liquidation judiciaire.

**254.** Le créancier gagiste ordinaire, étant investi d'un droit exclusif sur la valeur de son gage et se trouvant placé en dehors de la faillite, peut exiger le versement des sommes représentant le montant de son gage, sans être tenu au préalable d'affirmer et de faire vérifier sa créance (1); en est-il de même du créancier à qui le failli a donné son fonds en nantissement ? Voici l'avis de la Cour de Poitiers (2).

Le créancier qui a reçu en gage le fonds de commerce de son débiteur, dit la Cour, n'est, en cas de faillite dudit débiteur, assujetti aux formalités de la vérification et de l'affirmation que s'il veut concourir à la distribution des deniers appartenant à la masse chirographaire ; et la Cour de Rouen (3) ajoute que le syndic ne peut prélever quoi que ce soit sur les sommes représentant le prix de son gage qui sont en dehors de la faillite.

(1) Rouen, 2 janvier 1901, D. P., 1901, II, 97.
(2) Poitiers, 1er juil. 1901, D. P., 1904, II, 54.
(3) Rouen, 2 janvier 1901, précité.

**255.** Enfin, il convient de se demander, et nous le ferons brièvement dans ce dernier paragraphe, *comment en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, s'exerce le droit de préférence du créancier gagiste sur la valeur des marchandises d'un fonds, qui font partie de la masse soumise au nantissement ?*

Lorsque le débiteur qui a donné son fonds de commerce en nantissement a été déclaré en faillite, il peut arriver que ses créanciers lui donnent l'autorisation de continuer son commerce ; il est certain, dans l'occurrence, que le privilège du créancier gagiste ne peut s'exercer, au point de vue des marchandises, que sur le produit de leur vente publique et ne saurait porter sur le prix des ventes de marchandises faites par le débiteur pendant son exploitation, à la condition toutefois que cette exploitation n'ait rien d'anormal ou de frauduleux (1).

La simple logique suffit du reste à légitimer cette façon de faire, puisque les marchandises se renouvellent incessamment et qu'il importe peu dès lors au créancier que les marchandises soient toujours les mêmes ou qu'elles aient été remplacées par des équivalentes ; mais l'état de choses n'est plus le même lorsque le créancier gagiste a mis en œuvre son droit de réalisation du gage, surtout lorsque le débiteur n'est plus en possession du fonds.

(1) Trib. com. Tourcoing, 30 sept. 1902, D. P., 1903, II, 169.

C'est du reste le même principe qui veut que, lorsque, à la suite de la liquidation judiciaire du débiteur, le créancier gagiste non payé a obtenu contre le liquidateur un jugement ordonnant la vente publique du fonds de commerce et des marchandises en dépendant, ce dernier ne puisse continuer à vendre à l'amiable les marchandises ainsi placées sous la main de la justice (1).

S'il les aliénait malgré tout, l'exploitation du fonds ne serait plus normale et les gains qu'il aurait irrégulièrement obtenus resteraient grevés, dans leur intégralité, du privilège du créancier gagiste ; le liquidateur n'aurait pas même le droit de prélever ses frais et honoraires sur le produit des réalisations indues, dans le cas où le cahier des charges mettrait les frais préparatoires de la vente au compte de l'adjudicataire, sauf à lui à les faire figurer dans son mémoire de liquidation, s'il a cru devoir procéder à ces ventes dans l'intérêt général de la masse (2).

### II. *Effets du nantissement, quant aux droits et obligations du débiteur*

#### 1° *Droits du débiteur*

**256.** Par le fait du nantissement, le débiteur ne perd pas son droit de propriété sur le fonds qu'il a

(1) Rouen, 11 décembre 1901, D. P., 1903, II, 169.
(2) Rouen, 11 décembre 1901, D. P., 1903, II, 169.

entre les mains et par conséquent il garde le pouvoir d'exercer sur ce bien tous les droits que lui confère la propriété ; il lui sera loisible notamment d'user du fonds, d'en jouir et de l'aliéner.

Là s'arrêteront pourtant les pouvoirs du propriétaire, qui sont limités, ne l'oublions pas, par l'intérêt du créancier nanti.

Le *jus abutendi* n'existera point pour lui dans toute sa plénitude, car, s'il lui est permis d'aliéner le fonds, il ne saurait le détruire ou le diminuer volontairement pour frustrer le créancier (dans ce cas l'art. 1188 du Code Civil (1) trouverait certainement son application) et ce dernier pourrait immédiatement réaliser son gage (2).

a) *Droits d'usage, de jouissance et d'administration*

**257.** Le nantissement des fonds de commerce a été créé par le législateur, nous l'avons dit, pour permettre au commerçant d'obtenir des capitaux à l'aide d'une sûreté qui reste en sa possession. Dans l'esprit de la loi, c'est l'exploitation de cette

(1) Art. 1188, C. civ. : « Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. »

(2) Mais il est clair que le débiteur ne saurait être pénalement responsable de l'anéantissement de sa propre chose ; l'article 408 du Code pénal ne s'applique qu'à l'abus de confiance par suite du détournement de la chose *d'autrui*.

sûreté qui procurera au débiteur le numéraire suffisant à désintéresser le créancier nanti ; il faut donc que le débiteur puisse se servir de ce fonds, faire argent de ce fonds, administrer ce fonds.

Tout d'abord, il est indispensable de donner au débiteur le droit d'acheter des marchandises et de les vendre : ces achats, ces ventes, sont inhérents au nantissement et le créancier savait fort bien qu'ils auraient lieu ; il pourra en être ainsi jusqu'au jour où ce dernier usera de son droit de réalisation ; jusqu'au jour aussi où le débiteur sera déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire.

Il n'y a aucune difficulté à lui permettre de vendre le matériel inutilisable qui encombre ses magasins ; on devrait au contraire lui interdire formellement l'aliénation du matériel neuf, des outils, des machines et des meubles (1).

### b) *Droit de vendre le fonds*

**258.** Le débiteur restant propriétaire peut certainement disposer du fonds à sa guise en faveur d'un tiers.

Le créancier, de son côté, a un droit de suite qui

(1) Il est vrai qu'il s'agit de meubles corporels et par suite de l'acquisition instantanée de l'article 2279 ; mais d'autre part on peut soutenir qu'il y a eu *vol* (de gage) et donc aussi que la revendication pourra être opérée par le créancier durant 3 ans.

lui permet de revendiquer le fonds entre les mains de celui-ci ; la situation du tiers ne sera donc pas très brillante, car il devra, pour garder le fonds, payer le montant de l'acquisition au créancier, nanti qui aura toujours la faculté de ne traiter que pour un prix supérieur. Comme il n'existe pas de procédure de purge en matière de nantissement, il pourra être contraint d'attendre, pour payer son prix, l'échéance des termes.

**259**. A côté de l'aliénation en bloc on peut envisager l'hypothèse possible de la vente d'éléments isolés par le débiteur, en vertu de son droit de propriété. Le tiers acquéreur, dans ce cas, ne sera valablement libéré qu'après la parfaite acceptation du créancier qui, jusqu'à ce moment, est en droit de considérer la vente comme nulle et non avenue.

### 2° *Obligations du débiteur*

**260**. Non seulement le débiteur *peut* administrer le fonds en bon père de famille, mais il le *doit* dans son intérêt comme dans celui du créancier.

Il est tenu de le conserver jusqu'au jour de l'échéance et nous avons vu qu'il ne saurait ni diminuer ni anéantir volontairement la valeur du fonds nanti. Il est inutile d'insister ici sur le caractère tout spécial du nantissement de fonds de com-

merce comparé au gage ordinaire ; la loi accorde au débiteur la faveur de pouvoir donner en gage un bien qu'il garde en sa possession et dont il continue à tirer profit; il ne faut pas que le débiteur abuse de cette situation privilégiée pour nuire à son créancier !

## D

### EXTINCTION DU NANTISSEMENT

**261.** Le nantissement du fonds de commerce a pour but de garantir, comme tout autre nantissement, l'extinction d'une obligation ; lorsque, pour une raison ou pour l'autre, la dette disparaît, le nantissement n'a plus de raison d'être, il n'existe plus : c'est le moment d'opérer la radiation de l'inscription dont nous parlions précédemment, dans le but d'effacer jusqu'aux dernières traces de l'engagement.

**262.** S'il suffit que la dette soit éteinte, il est indispensable qu'elle le soit tout à fait, car le nantissement garantit le paiement de toutes les fractions de la somme due.

Mais à côté de cette extinction du nantissement par voie de conséquence, il peut aussi y avoir extinction par voie principale ; elle peut résulter de diverses situations qu'il est intéressant pour

nous de connaître. La plus normale est celle qui résulte de la :

### I. *Renonciation du créancier nanti*

**263.** Cette renonciation peut être expresse ou tacite, la difficulté étant de savoir ce qu'il faut entendre par renonciation tacite.

La renonciation tacite doit évidemment s'induire de tout acte de nature à la faire supposer, cet acte étant laissé à l'appréciation souveraine du juge. La liste de ces actes étant indéterminée, il est absolument impossible d'en donner une énumération même imparfaite ; qu'il suffise de dire ici que la renonciation ne se présume pas.

**264.** Expresse ou tacite elle est un acte essentiellement unilatéral que le débiteur n'a jamais besoin d'accepter ; la renonciation une fois exprimée ou présumée devient irrévocable (1).

Il est d'usage, dans les traités sur le nantissement des fonds de commerce, de noter brièvement les effets d'une jurisprudence intéressant la matière des renonciations; elle n'est du reste qu'une application de l'art. 2102 du Code Civil disposant que la

(1) Orléans, 29 nov. 1889, S. 91, II, 35 ; Guillouard : *Nantissement*, n° 89.

créance n'est privilégiée sur le gage que lorsque le créancier est saisi.

Nous voulons parler ici du cas où, le fonds étant sorti de sa possession par aliénation ou même simplement par convention, le créancier doit être regardé comme renonçant à son droit (1).

D'où la question de savoir si l'on peut juridiquement voir un signe de dessaisissement dans le fait par le créancier de laisser vendre le fonds sans protestation.

**265.** Quelques rares auteurs, quelques rares tribunaux (2) acceptent le principe, croyant découvrir une certaine analogie entre le cas du créancier dont nous parlons et celui du créancier gagiste qui, perdant la possession de l'objet donné en gage, perd en même temps son privilège.

Rien ne saurait être plus inexact cependant. En matière de nantissement de fonds de commerce, il n'y a pas de mise en possession comme lorsqu'il s'agit du gage ordinaire; il ne saurait par suite y avoir déchéance par dépossession et l'on ne serait même pas en droit de prétendre que le créancier nanti possède par l'entremise de son débiteur.

(1) Sur ce point, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Op. cit.*, t. I, N° 83, p. 73 ; Henri Laurain, *Op. cit.*, p. 208 ; note de Boistel, D. P., 1894, I, 409.

(2) Ruffelet, *Op. cit.*, p. 112 ; Montier, *Op. cit.*, nos 110, 111, 112 ; Alger, 18 fév. 1903, *Gaz. des Trib.*, 1903, 2e semestre, II, p. 109.

Tant que le droit de suite du créancier n'est point prescrit, il peut l'exercer ; que le débiteur se dessaisisse du fonds, qu'il le vende, la situation reste constamment la même jusqu'au jour où, le créancier ayant véritablement participé à la vente, son droit de suite s'évanouit.

Après avoir parlé de la renonciation du créancier nanti qui est l'une des causes d'extinction les plus courantes, il faut mentionner quelques autres circonstances ayant le même résultat, telles que la prescription, le défaut d'inscription en temps utile, la perte du fonds, la confusion.

## II. *Prescription*

**266.** De deux choses l'une, ou le fonds est demeuré entre les mains du débiteur, ou il est passé entre celles de tiers.

Dans le premier cas pas de difficulté, car le nantissement se prescrit en même temps que l'obligation ; dans le second, les deux prescriptions ne se réalisent pas toujours de la même manière, l'une pouvant avoir lieu sans l'autre par suite d'une interruption.

Cette prescription, quoi qu'il en soit, est celle de trente ans (1).

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier : *De la Prescription*, nos 651-3.

### III. *Défaut d'inscription en temps utile*

**267.** L'inscription, dans le système de la loi de 1898, peut être prise, nous l'avons vu, à un moment quelconque, pourvu que ce moment précède la vente du fonds, la déclaration de faillite du débiteur, la mort du débiteur suivie de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession (1).

S'il en est autrement, le nantissement n'est pas éteint ; il est seulement inefficace.

### IV. *Perte du fonds*

**268.** Au premier abord, l'hypothèse peut sembler assez plaisante : un fonds de commerce ne se perd pas ! Sans doute, mais il peut disparaître, ce qui revient au même pour le créancier ; l'eau, le feu, les tremblements de terre, les catastrophes de toutes sortes peuvent l'anéantir en quelques heures ; la question se pose de savoir si le créancier aura tout au moins le droit de toucher l'indemnité d'assurance ?

Il peut arriver que ce dernier ait eu l'heureuse inspiration de se faire céder cette indemnité pour le cas où un hasard malheureux amènerait la ruine du

(1) A cause du doute que fait planer cette acceptation sur la solvabilité du débiteur.

fonds ; rien de plus licite que cette convention, rien aussi de plus avantageux pour le créancier dont la perte sera plus facile à supporter (1) ; le plus souvent cette clause protectrice des intérêts du créancier a été omise ; c'est donc le tribunal qui, au cas de contestation, va être appelé à donner son avis.

Les termes de la loi du 19 février 1889, art. 2, étaient assez généraux pour donner confiance au créancier, mais des surprises étaient toujours à redouter de la part de la Jurisprudence.

### V. *La confusion*

**269.** C'est le cas, assez fréquent, où le créancier nanti devient propriétaire du fonds de commerce : le nantissement n'est pas éteint à proprement parler ; nous voulons dire par là que le créancier peut encore se prévaloir de ses effets vis-à-vis de tiers, vis-à-vis d'autres créanciers, qui prétendraient avoir sur le fonds des droits semblables aux siens.

Le bénéficiaire d'un nantissement de fonds de commerce peut être désireux de céder son droit à un tiers, soit pour garantir une autre dette, soit pour tout autre motif ; il faudra recourir alors à la :

(1) Nous disons « plus facile », car chacun sait les difficultés créées par les assurances en cas de sinistre !

## E

### TRANSMISSION DU NANTISSEMENT

**270.** Il est de toute évidence que cette transmission peut être très utile au créancier nanti et que plus elle sera simple, rapide, peu coûteuse, plus il sera tenté, le cas échéant, de transmettre son droit de gage à un tiers.

**271.** Cette transmission, très avantageuse au point de vue du crédit, peut avoir lieu soit *avec* la créance que le nantissement garantit, soit *sans* la créance ; il n'y a pas de difficultés à ce sujet.

**272.** Dans le premier cas, où il s'agit de transférer la créance avec son accessoire, le nantissement, on peut effectuer cette transmission soit par le moyen d'une subrogation (conventionnelle ou légale) soit par le moyen d'une cession de créance (1).

Cela résulte d'une disposition du Code d'après laquelle, « lorsque le créancier, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur, cette subrogation doit être expresse et

(1) Ce qui comprend, bien entendu, la transmission des sûretés et de tous les accessoires.

faite en même temps que le paiement (1) » ; cela résulte encore du texte qui dit que « le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, ajoute la loi, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique (2) ».

**273.** A part le premier de ces moyens, les systèmes indiqués ne sont point pratiques; il ne faut donc pas s'étonner qu'on se soit ingénié à découvrir un mode de transmission plus simple et moins coûteux.

Qu'il s'agisse de prêteurs sur hypothèques ou de prêteurs sur gage, la situation est identiquement la même au point de vue de la transmission ; il importe d'assurer aux uns comme aux autres une réalisation facile et rapide de leurs capitaux, d'où l'idée de représenter les créances hypothécaires, les créances garanties par des nantissements, à l'aide de titres négociables absolument comme lorsqu'il s'agit de valeurs mobilières. Tel est le but des obligations notariées contenant la clause à ordre ou au porteur (3).

(1) Article 1250, C. civ.

(2) Article 1690, C. civ.

(3) Il importe de remarquer en passant que l'idée n'est pas nouvelle et que bien avant la création de ces valeurs il y a eu des *cédules hypothécaires* (9 messidor an III, art. 35 à 84) et des *lettres de gage du crédit foncier* (décret du 28 février 1852 sur les Sociétés de crédit foncier, loi du 10 juin 1853).

On sait, en effet, que les actes notariés constatant les prêts hypothécaires sont susceptibles d'être rédigés en brevet (1), que l'original, par conséquent, peut sortir de l'étude du notaire et être remis au prêteur qui pourra toujours endosser le titre et par là même céder, avec la créance, tous les accessoires.

**274.** L'utilité de cette transmission par endossement n'est plus à démontrer; elle résulte de la publicité procurée par l'endossement (2), elle ressort de la grande facilité avec laquelle elle s'opère (3), du peu de frais nécessités par la transmission, comparés aux formalités coûteuses de l'art. 1690 (4).

(1) Article 2148, C. civ.

(2) Supérieure à celle établie par l'art. 1690, C. civ.

(3) Pour ces formalités, voir art. 137, C. de com.

(4) Pour les détails, voir :

MM. Beudant, note au Dalloz, 1878, I, 241.
Aubry et Rau, *Op.* cit., 5e édit., t. III, § 288, p. 748.
Guillouard, *Privilèges et Hypothèques*, t. V., § 1698, p. 9.
Planiol, *Op. cit.*, 2e édit., t. II, n° 2671, p. 805.
Bondel, *Mobilisation du sol*, Paris, 1888.
Challamel, des procédés de mobilisation de la propriété foncière expérimentés ou proposés en France ou à l'étranger. *Bulletin de la Société de législation comparée*, année 86-87, p. 420.
Pierre Henry, des clauses à ordre et au porteur dans les actes notariés.

I. *Cession de la créance et du nantissement*

**275.** En matière de nantissement de fonds de commerce, il n'est pas besoin d'acte notarié; les conditions se trouvent donc être encore plus simples que dans le cas précédent et rien dès lors ne saurait s'opposer à un mode de transmission par endossement semblable à celui dont nous venons de parler (1). Du moment que le titre constitutif, porte la mention à ordre, l'endossement doit suffire pour opérer le transport.

II. *Cession du nantissement détaché de la créance*

**276.** En matière hypothécaire, le Code ne s'est point occupé de réglementer la transmission à titre principal; cependant on s'accorde généralement, en doctrine et en jurisprudence, pour considérer cette transmission de l'hypothèque (très rare en pratique) comme valable (2).

**277.** Lorsqu'il s'agit de nantissement, pourquoi ne pourrait-on pas transférer la sûreté détachée de la créance? Il faudrait, sans doute, envisager le cas

(1) Angers, Trib. de com., 19 juillet 1904, *Gaz. du Pal.*, I, 167.

(2) Il s'agit alors soit d'une cession, soit d'une convention d'antériorité.

improbable où le creancier, possédant d'autres moyens d'être paye par son debiteur, n'a plus besoin de la sûreté et l'utilité d'une semblable operation n'apparaitrait dès lors plus si bien ; rien toutefois ne s'y opposerait inéluctablement.

**278**. On a prétendu (en se basant sur ce que la chose donnée en gage, n'est entre les mains du créancier qu'à titre de depôt), que ce nantissement, greffé sur un autre nantissement, n'était pas licite, qu'il etait contraire à la législation du gage (1), que rien ne saurait l'autoriser.

**279**. Il faut bien convenir cependant que tout l'échafaudage des arguments invoqués s'écroule si l'on considère que le nantissement de fonds de commerce n'est pas un nantissement ordinaire, que la chose engagée n'est jamais entre les mains du créancier, que ce dernier reste absolument libre de disposer du gage à sa guise.

**280**. On est alors en droit de se demander sous quelle forme doit se faire cette transmission, quelle mesure de publicité est assez efficace pour avertir suffisamment les tiers?

La réponse est des plus simples.

(1) V. sur ce point Guillouard : *Du nantissement*, p. 150.

Le mode de transmission étant absolument libre, la seule condition nécessaire est que le titre constitutif porte la clause à ordre.

Par suite de l'endossement, le titre sera transmis comme toute autre valeur du même genre. Quant aux tiers (c'est-à-dire ici les cessionnaires), ils seront mis au courant d'après les règles posées dans l'art. 1690 précité.

## CHAPITRE III

### Imperfections de la loi de 1898

**281.** A la suite du travail que nous venons de faire, en présence des mille difficultés surgissant à chaque pas dans l'interprétation de la loi du 1er mars 1898, une conclusion s'impose d'elle-même : c'est que la législation du fonds de commerce est défectueuse, c'est qu'elle est même nuisible aux intérêts du débiteur.

**282.** Autant les discussions ont été vives lorsqu'il s'agissait de déterminer des points de détail, autant l'unanimité se fait lorsqu'il est question de critiquer ce texte néfaste : commerçants, agréés, magistrats, jurisconsultes n'ont qu'une voix pour condamner une législation qu'ils proclament dangereuse à la fois pour le débiteur et pour les tiers.

**283.** Nous nous attacherons surtout à faire ressortir les critiques que des personnalités ou des groupes autorisés ont cru devoir émettre au sujet de l'ancienne loi; nous formulerons également une

opinion personnelle et, sans tarder davantage, nous entrerons franchement dans la troisième partie de notre étude qui comporte, on s'en souvient, l'exposé de la loi de 1909.

Grâce aux concours aimables et empressés qu'il nous a été donné de rencontrer chez MM. les Présidents et Secrétaires des Chambres de Commerce, il nous a été possible de grouper les avis les plus précieux et les plus qualifiés ; certains extraits de délibérations-types que nous aurons l'occasion de citer complèteront avantageusement ces quelques pages.

### I. *La publicité défectueuse*

**284.** Nous avons beaucoup insisté en son temps sur la publicité par trop défectueuse qui était donnée depuis la loi de 1898 aux nantissements de fonds de commerce et nous avons fait remarquer combien il était regrettable que les tiers n'aient pas à leur disposition un moyen facile et certain de se renseigner.

La publicité est, en effet, d'autant plus indispensable ici, qu'il s'agit d'un gage absolument clandestin dont la constitution échappe fatalement au public puisqu'il n'y a pas de dépossession.

**285.** Sans doute, l'inscription au greffe a pour but de remédier, dans la limite du possible, aux incon-

vénients qui pourraient résulter de la clandestinité; mais cette mesure, loin d'atteindre le but désiré, produit des effets véritablement désastreux.

Il est pratiquement impossible à un commerçant de bien connaître la situation de ses clients au point de vue spécial de la mise en gage (1) et l'on pourrait même affirmer que, toutes les précautions étant prises, ce commerçant ne serait pas encore assuré d'être à l'abri, « puisque dans l'intervalle qui s'écoule entre le moment où il livre sa marchandise et celui où il peut en exiger le paiement le nantissement pourra être constitué au profit d'un autre créancier plus défiant et que son inscription l'aura rendue irrévocable (2). »

**286.** Du reste la loi de 1898 a eu le tort, nous l'avons fait remarquer, de ne point déterminer les mentions que devrait contenir l'inscription au greffe ; elle s'est bien gardée de dire si oui ou non le greffier était tenu de délivrer un état des inscriptions à tout requérant; elle s'est bien gardée surtout de parler de mainlevée et de radiation !

**287.** Doit-on conclure pour ces motifs à la suppression, dans notre droit, du nantissement des

(1) Sur tous ces points v. le rapport de M. Thuret à la Chambre de commerce de Tours, séance d'avril 1899.

(2) Délibération *en commun* du Tribunal et de la Chambre de Commerce de Nantes, 1899. Exposé des Travaux de la Chambre de Commerce pendant l'année 1899, p. 64 et suiv.

fonds de commerce, comme l'ont demandé, par exemple, la Chambre et le tribunal de Commerce de Nantes? Nous ne le pensons pas.

Il est possible à notre sens, de réglementer la publicité ; de limiter la période d'efficacité de l'inscription ; de fixer une fois pour toutes la question des radiations.

### II. *La fraude facilitée*

**288.** Rien ne saurait encourager la fraude dans les nantissements, comme le système de la loi de 1898.

« Imaginez-vous un commerçant à bout de ressources acculé, dans un avenir prochain, à la faillite et dont cependant l'état de gêne n'était pas encore notoire.

Qui l'empêchera de remplir ses magasins de marchandises, puis de s'entendre avec un complice auquel, en échange d'un prêt fictif, il donnera son fonds de commerce en nantissement? La faillite survenant, le créancier gagiste réalisera l'actif qu'il partagera tranquillement avec le failli, pendant que les fournisseurs trop confiants se trouveront en présence d'une clôture pour défaut d'actif (1) ».

(1) Rapport de M. Thuret précité ; v. aussi le rapport de M. Vindrey à la Chambre de Commerce de Lyon, le 31 août 1899 — et encore M. Authier dans l'exposé des motifs de sa proposition de loi du 13 février 1902, *J. O. ch. des dép. doc. parl*, 1902, annexe n° 2997, p. 197.

**289.** Du reste le fonds de commerce, il faut bien le reconnaître, « est le seul moyen mis à la portée de tous de constater la prospérité apparente d'une maison de commerce ; que s'il est déjà impossible de se rendre compte des charges qui grèvent un commerçant, que l'examen seul de son inventaire pourrait faire connaître, du moins faut-il que le fonds lui-même ne soit pas un simple trompe-l'œil. La loi de 1898 a eu pour conséquence de limiter la clientèle de tous les autres commerçants, de tuer la concurrence, d'être aujourd'hui un bouclier et demain un obstacle ou même un instrument de fraude dont chacun pourra souffrir (1). »

**290.** Elle a eu pour effet « d'anéantir le principe, jusqu'alors proclamé comme essentiel, de l'égalité des créanciers ; et, résultat certainement imprévu autant qu'anormal, le privilège du vendeur, aboli par la faillite au profit de la masse, est reconstitué par le nantissement, soit au profit du vendeur lorsqu'il y a recours, soit même au profit d'un tiers qui, en équité et en droit, semble y avoir encore infiniment moins de droits que le vendeur, de sorte, qu'en cas de faillite, on peut voir le vendeur non payé d'un fonds de commerce perdre le droit de

(1) Raynaud : *Observation sur la loi du* 1er *mars* 1898 ; M. Raynaud est Président de la Chambre des liquidations judiciaires et des syndics près le Tribunal de la Seine.

revendiquer son fonds, alors qu'un tiers de plus ou de moins bonne foi pourra exercer ce même droit à l'encontre de tous, vendeur et masse créancière.

Et ce fait qui étonne, se rencontre journellement dans les faillites, car c'est généralement lorsque ses affaires sont irrémédiablement compromises, qu'un commerçant consent à donner son fonds en nantissement.

Il ne trouve d'ailleurs pas de ressources nouvelles dans cette opération ; car, ainsi qu'il a été dit plus haut, c'est presque toujours pour se couvrir d'un crédit réalisé et devenu mauvais que le gros fournisseur exige un nantissement en prenant soin, pour que le nantissement ne soit pas critiquable et ne tombe pas sous l'application de l'art. 446 (1) du Code de Commerce, de désintéresser les créanciers qui ont exercé des poursuites judiciaires pendant la période dite suspecte (2) ».

**291.** On pourrait encore envisager, parmi beaucoup d'autres, le cas du commerçant qui achète un

(1) L'art. 446 du C. de com., dispose : « Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque..... toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.

(2) Raynaud. *Op. cit.*

fonds de commerce bien achalandé et le donne en nantissement au vendeur; puis, après avoir vendu les marchandises, dans de bonnes conditions, il se garde bien de payer le prix et se fait mettre en état de liquidation judiciaire; ce qui aura pour conséquence de frustrer, du même coup, le vendeur de son prix et de son fonds.

**292.** On peut objecter, avec M. Vindry (1), « que les tribunaux ne sont jamais désarmés devant la fraude et qu'ils peuvent toujours annuler les actes suspects » ; mais il est facile de répondre que « cette annulation, souvent délicate et toujours discutable, peut occasionner des frais et des retards dans le règlement des faillites ; que de plus, la fraude est habile et saura prendre ses précautions et que cette facilité de gage accordée par la loi sera pour elle un nouveau champ d'exploitation. »

La fraude est donc plus facile à commettre sous le régime de la loi de 1898, c'est incontestable; reste à savoir quelles dispositions législatives il conviendrait de prendre pour remédier à ce déplorable état de choses!

(1) Rapport de M. Vindry, Chambre de Commerce de Lyon, séance du 31 août 1899.

### III. *Le danger en cas de faillite*

**293.** Ce danger est une conséquence directe de ce que nous disions à l'instant; pour bien le comprendre, il est de toute nécessité de rappeler ici, d'un mot, les dispositions de l'art. 550 du Code de Commerce.

Cet article dit « que le privilège et le droit de revendication établis par le nº 4 de l'art. 2102 du Code Civil au profit du vendeur d'effets mobiliers ne seront point admis en cas de faillite ».

Cette disposition, dit M. Thuret (1), « avait été provoquée par l'abus qu'entraînait avant 1838 l'exercice de ce double droit.

Un commerçant était, en apparence, à la tête d'une fortune mobilière dont l'existence ne contribuait pas peu à lui faire obtenir le crédit qu'il demandait et, le lendemain de sa faillite, cette fortune s'évanouissait pièce à pièce, ou se trouvait tellement grevée de privilèges ou de préférences qu'elle ne procurait aucun recours à ceux qu'elle avait attirés dant le piège.

**294.** C'est pour remédier à cet état de choses et pour donner satisfation aux nombreuses réclamations du commerce que le législateur, soucieux de

(1) M. Thuret, rapport précité.

maintenir l'égalité entre tous les créanciers, avait introduit dans la loi de 1898 l'art. 550.

Eh bien ! la loi du 1er mars 1898 a virtuellement abrogé cet article en matière de vente de fonds de commerce.

En effet, ainsi que vous pouvez vous en convaincre en consultant au greffe de votre tribunal le registre des inscriptions, la clause de nantissement est, depuis la promulgation de la nouvelle loi, devenue pour ainsi dire de style dans tous les actes de vente de fonds ; de sorte qu'en cas de faillite, le vendeur non payé se trouvera désormais, par une voie détournée, en possession de ce même privilège que l'art. 550 avait eu pour but de lui enlever.

Et cependant les considérations qui avaient guidé le législateur de 1838 étaient marquées au coin de la sagesse ».

### IV. *Une procédure longue et coûteuse et des procès incessants*

**295.** Il n'y a qu'à parcourir la jurisprudence depuis 1898, pour se rendre compte du nombre incalculable de procès, de contestations, de différends, auxquels cette loi a donné naissance : conflits entre les divers gagistes ayant même date d'inscription, conflits entre le créancier gagiste et les tiers qui ont acquis des droits sur des éléments

du fonds, entre le créancier gagiste et l'acquéreur qui n'a pas eu connaissance du gage, etc., etc.

Tous ces désaccords ne se vidant pas à l'amiable, il fallait recourir aux tribunaux, ce qui constituait pour le commerce une gêne réelle et de tous les instants.

**296.** Bien certainement le grand tort du législateur en matière commerciale est de ne pas suffisamment prendre en considération l'intérêt des commerçants qui seul pourtant devrait dicter la loi.

Avant de proclamer à cor et à cris qu'on allait lui rendre un service signalé en créant le nantissement des fonds de commerce, il fallait demander au commerce si cette innovation était vraiment opportune (1) ; il fallait surtout étudier avec soin le moyen d'en faire un instrument de crédit utile et pratique (2).

### V. *Les marchandises ne doivent pas figurer parmi les biens donnés en gage*

**297.** Soit qu'il constitue une véritable universalité de droit, c'est-à-dire un patrimoine commercial

(1) Puisque d'aucuns le discutent.

(2) Dans ce sens, v. les divers rapports faits aux Chambres de Commerce, mais particulièrement celui de M. Thuret précité.

séparé des autres biens du commerçant, soit qu'il forme une universalité de fait, le fonds de commerce est un *tout* dans lequel les éléments corporels (matériel et marchandises) s'absorbent comme les éléments incorporels (nom commercial, achalandage, droit au bail) *et dont on ne peut, dès lors, les exclure à priori en dehors de toute manifestation contractuelle de volonté* (1).

Il faut donc, de toute nécessité, que la loi intervienne pour définir le fonds de commerce, pour décider si oui ou non les marchandises doivent faire partie des biens donnés en gage, pour retirer, en un mot, aux contractants, le droit de comprendre ou d'exclure arbitrairement les marchandises du fonds de commerce.

**298.** Et, qu'on le remarque bien, la question est des plus graves : s'il est déjà assez dangereux de laisser le matériel et l'outillage figurer parmi les biens nantis, c'est une véritable faute de permettre aux contractants d'y adjoindre les marchandises.

Le but que la loi de 1898 a poursuivi a été sans conteste de créer de nouvelles ressources pour les commerçants et d'étendre leur crédit ; or il est évident que si, par le fait d'un nantissement, on retire aux créanciers une partie de leur gage, sous

(1) Code annoté Dalloz, art. 2075; Dissertat. Ch. Robert, D. P., 1901, II, 97, précitée ; 1903, II, 169., précitée.

forme de marchandises, le crédit du négociant besogneux, au lieu d'être augmenté, pourra être au contraire absolument anéanti (1).

**299.** Dans le même ordre d'idées, il convient de se souvenir que, si la dation en nantissement des marchandises avec le fonds est dangereuse pour le débiteur, elle est également néfaste à l'intérêt des tiers.

Nul ne saurait admettre, en effet, que les marchandises impayées lors de la constitution du gage puissent être données en sûreté au bailleur de fonds par un autre que leur propriétaire légitime, et cela dans le but de frustrer ce même propriétaire qui n'aura plus aucun recours à exercer contre le créancier nanti (2) !

**300.** Il est donc impossible de ne pas tomber d'accord sur l'insuffisance de la loi de 1898 en ce qui touche aux marchandises faisant partie du fonds de commerce : cet état de choses ne pouvait durer (3). Il fallait sans doute laisser les contractants libres

(1) Angers, Trib. de com., 7 décembre 1900, D. P., 1901, II, 97.
Le Havre, Trib. de com., 71 mai 1899, S., 1901, II, 153.
Tourcoing, Trib. de com., 30 septembre 1902, D. P., 1903 II, 169.

(2) V. Tourcoing, jugement précité.

(3) V. rapport de M. Vindry à la Chambre de Commerce de Lyon, précité.

d'exclure du fonds ou d'y comprendre tel ou tel élément particulier, mais il convenait de les empêcher de nuire aux tiers en y faisant entrer les marchandises.

Nous verrons bientôt quel parti la loi récente de 1909 a adopté.

**301.** Tels sont les principaux griefs qui peuvent être invoqués contre la loi de 1898.

Par son laconisme excessif elle a donné lieu à des multitudes de procès, elle a ouvert les discussions les plus vives et les plus passionnées, elle a été l'objet de critiques sans nombre de la part des juristes et des commerçants.

Nous allons voir que d'aucuns ont été plus intransigeants encore. Ils ont reproché à la loi de 1898 d'avoir donné le jour au nantissement des fonds de commerce, prétextant que cette innovation était inopportune, inutile et néfaste pour les commerçants : « Attendu, dit la Commission spéciale de Nantes (1), qu'il ne peut y avoir que des inconvénients à augmenter, sous cette forme, les facilités de crédit ; que le commerçant, laborieux et honnête, trouve toujours le moyen de se procurer des marchandises qu'il ne paie qu'à long terme ; que cela peut en outre permettre au négociant malhonnête de mettre à l'abri tout son actif au moyen d'un

(1) Comprenant le Tribunal et la Chambre de Commerce.

accord frauduleux passé entre lui et son créancier ; qu'il ne semble pas désirable que le commerçant qui possède des ressources insuffisantes puisse étendre encore ses moyens de crédit qui ne peuvent que l'entraîner à entreprendre des affaires au-dessus de ses forces... émet l'avis que la loi du 1er mars 1898 constitue pour le commerce des dangers que ne compensent pas les *faibles avantages* qu'on peut y trouver dans *certains* cas ; que son principe même est en contradiction avec les principes fondamentaux admis par la loi en matière de nantissement ; que tout mode de publicité serait illusoire *et qu'il y a lieu de la rapporter.* »

M. Raynaud, président de la Chambre des liquidations judiciaires et syndics près le tribunal de Commerce de la Seine va plus loin encore (1) : « Il faut abroger la loi, dit-il, et non seulement il faut l'abroger, mais encore *il faut en faire une pour prohiber le nantissement* sur le fonds de commerce ; car peu importerait l'abrogation si l'on devait, comme avant la loi, retomber dans les pratiques des nantissements par application de la jurisprudence. » Voilà qui est net.

**302.** La loi de 1898, premier coup de sonde dans une mer inconnue, ne pouvait donner des résultats

(1) Raynaud : *Observations sur la loi du* 1er *mars* 1898.

bien décisifs ; il fallait que l'expérience de plusieurs années vînt démontrer ses imperfections et ses lacunes pour décider le législateur à intervenir de nouveau ; petit à petit, nous en sommes persuadé, l'idée de nantissement des fonds de commerce produira des fruits et ceux-là même qui étaient ses plus ardents détracteurs reconnaîtront quelque jour qu'ils avaient porté sur l'institution naissante un jugement peut-être trop intéressé, à coup sûr trop hâtif.

APPENDICE

*Après l'expérience de onze années qui a suivi la loi du* 1er *mars* 1898, *devait-on modifier cette loi ou purement et simplement l'abroger ?*

**303.** La question peut sembler délicate à ceux qui ont pu se rendre compte de l'hostilité avec laquelle certaines Chambres de Commerce, certaines personnalités, accueillirent le principe même du nantissement des fonds de commerce.

Dans un ouvrage qui nécessairement doit être concis il nous est impossible de citer toutes les délibérations qu'il serait intéressant de connaître (1) : celle de la Chambre et du tribunal de Commerce de Nantes, mentionnée plus haut, nous paraît être l'une des plus caractéristiques à ce point de vue.

(1) Dans le sens de l'abrogation, notamment : Chambre de Commerce de Lyon, séance du 31 août 1899.

Chambre Syndicale des graines et farines de Paris (rapport Lemouettre). (*Bulletin de la Société d'Études législatives*; 1903, n° 4.)

Conférence des Présidents des Tribunaux de commerce (rapports Perdriau, Girard, Lignon). (Exposé des motifs de la proposition de loi de M. Authier, le 13 février 1902.)

Rapport de M. Percerou, professeur à la Faculté de Droit de Dijon. (*Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1903, n° 3, p. 218-267.)

**304.** Il semble cependant qu'un mouvement se soit produit ces dernières années en faveur du nantissement des fonds de commerce; on a fini par découvrir que cette innovation n'était pas aussi désastreuse qu'on avait bien voulu le proclamer; qu'il y avait moyen d'en tirer parti à condition de profiter de l'enseignement des faits.

On s'est mis d'accord pour demander au législateur de modifier la loi de 1898 et non de l'abroger : le revirement s'explique de lui-même pour peu qu'on veuille se donner la peine de réfléchir.

En admettant, en effet, que par suite des réclamations incessantes du commerce on en soit venu à supprimer du même coup la loi de 1898 et le nantissement que permettait cette loi, les choses n'en eussent pas mieux été pour cela, car tout eût été à recommencer.

On se fût retrouvé aux prises avec les mêmes difficultés qui motivèrent l'arrêt de 1884, on eût recommencé la filière des mêmes errements, on eût été saisi de la même fièvre de légiférer et le résultat d'une abrogation inopportune eût été la création d'une loi nouvelle après plusieurs années de parfaite anarchie.

Ce qu'il importait de constituer, c'était un nantissement de fonds de commerce profitable au débiteur en même temps qu'inoffensif pour les tiers ; il fallait, pour le rendre pratique, en

régler minutieusement les détails et compléter en un mot la législation embryonnaire de l'art. 2075.

Une notable partie de ce programme a été réalisée avec la loi de 1909 ; voyons auparavant quels sont les divers projets qui entre 1898 et notre époque sollicitèrent l'attention du législateur

## CHAPITRE IV

### Les Projets Modificatifs de la Loi de 1898

**305.** De prime abord et lorsqu'on envisage superficiellement l'œuvre du législateur de 1898, on est frappé de l'insuffisance des moyens de publicité organisés par cette loi, du silence absolu de l'art. 2075 sur tout ce qui regarde la protection des tiers.

Il ne faut donc pas s'étonner si dès l'apparition du texte de 98 des protestations nombreuses s'élevèrent, si dès l'année suivante un projet de loi, déposé par M. Lebret (1), eut pour but de remédier à ce défectueux état de choses.

Quoique cette intéressante tentative, n'ait plus pour nous qu'un intérêt rétrospectif, nous croyons faire œuvre utile en empruntant ses dispositions au *Journal Officiel* (2) ; basé sur d'excellents principes, ce document nous découvre bien l'état d'esprit général à cette époque; il sera intéressant de suivre les divers aspects de cet esprit jusqu'à la loi de 1909.

(1) Alors ministre de la Justice.

(2) *J. O. Chambre des dép., doc. parl.*, session ord., 1899, annexe n° 759, —. 814.

**306.** Le projet de M. Lebret, déposé le 25 février 1899, visait tout spécialement l'organisation de la publicité; en voici la teneur :

« Article premier. — Le privilège résultant de l'acte contenant une dation en nantissement de fonds de commerce s'établit par le seul fait de l'inscription prévue en l'art. 2075, dernier alinéa, du Code Civil, sans qu'il soit besoin d'aucune autre formalité.

« Art. 2. — Pour opérer l'inscription, il est représenté au greffier du tribunal de commerce, soit par le créancier lui-même, soit par un tiers, l'original enregistré du titre constitutif du nantissement, s'il est sous seing privé, ou reçu en brevet ou une expédition, s'il en existe minute.

« Il y est joint deux bordereaux, écrits sur papier timbré et signés par le requérant ; l'un deux peut être porté sur l'original ou sur l'expédition du titre. Ils contiennent :

« 1° Les noms, prénoms, domicile du créancier et du débiteur, et leur profession, s'ils en ont une ;

« 2° La date et la nature du titre ;

« 3° Le montant du capital des créances exprimées dans le titre ou leur évaluation comme aussi le montant des accesssoires de ces capitaux et l'époque de leur exigibilité ;

« 4° Les nom et prénoms du propriétaire du fonds de commerce donné en nantissement, ainsi que

l'indication de la nature et du siège de ce fonds de commerce, sans préjudice de toutes autres énonciations propres à le faire connaître.

« Art. 3. — Le greffier transcrit sur son registre le contenu des bordereaux et remet aux requérants tant le titre ou l'expédition du titre que l'un des bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription.

« Art. 4. — L'inscription conserve le privilège pendant cinq années à compter du jour de sa date ; son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai.

« Art. 5. — Les inscriptions sont rayées, soit du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, soit en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée.

« A défaut de jugement, la radiation totale ou partielle ne peut être opérée par le greffier que sur le dépôt d'un acte authentique de consentement à la radiation donné par le créancier au cessionnaire justifiant de ses droits.

« Art. 6. — Lorsque la radiation, non consentie par le débiteur, est demandée par voie d'action principale, cette action est portée devant le tribunal de commerce du lieu où l'inscription a été prise.

« Art. 7. — La radiation est opérée au moyen d'une mention faite par le greffier en marge de l'inscription.

Il en est délivré certificat aux parties qui le demandent.

« Art. 8. — Les greffiers des tribunaux de commerce sont tenus de délivrer à tous ceux qui le requièrent copie des inscriptions subsistantes ou certificat qu'il n'en existe aucune.

« Art. 9. — Dans aucun cas, les greffiers ne peuvent refuser ni retarder les inscriptions, ni la délivrance des états ou certificats requis.

« Art. 10. — Le droit d'inscription des créances garanties au moyen d'un nantissement de fonds de commerce est fixé à 0 fr. 50 pour 1.000 du capital de ces créances. Les actes de dépôt, récépissés, bordereaux, mentions, états ou certificats faits ou délivrés en exécution de la présente loi, ainsi que les réquisitions adressées au greffier en vertu de l'art. 8, ne donnent lieu à aucun droit que le coût du papier timbré employé ; ils seront, le cas échéant, enregistrés gratis. Le registre des inscriptions tenu par le greffier, en exécution de l'art. 3, sera en papier timbré.

« Art. 11. — Un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique déterminera les émoluments à allouer aux greffiers des tribunaux de commerce, ainsi que toutes les autres mesures d'exécution de la présente loi. »

**307.** Comme nous le disions plus haut, il est à remarquer que cette proposition de loi ne concerne

que la publicité du nantissement ; elle ne fait allusion à aucun des importants problèmes dont on cherche aujourd'hui la solution.

Il ne parle ni de la composition du fonds de commerce ni de sa nature ; il ne traite pas de l'exclusion des marchandises ; il se tait sur les droits des créanciers antérieurs ; toutes ces questions n'avaient pas encore l'intérêt qu'elles présentent aujourd'hui, il faudra attendre 1902 pour que leur utilité commence à se faire jour.

**308.** Le projet de loi déposé sur le bureau de la Chambre le 13 février 1902 fut l'œuvre de M. Authier le voici dans sa brièveté (1) :

« Article unique. — La loi du 1er mars 1898 est abrogée. La disposition qu'elle avait pour objet d'ajouter à l'art. 2075 du Code Civil est remplacée par les suivantes :

« I. — Dans tout nantissement d'un fonds de commerce, il devra être distingué entre l'élément incorporel comprenant la clientèle, l'achalandage, le droit au bail, les marques de fabrique, brevets, etc., etc., et l'élément corporel : marchandises, matériel, outillage, etc.

« Le nantissement de l'élément incorporel devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un

(1) *J. O. Chambre des dép., doc. parl.*, session ordinaire 1902, annexe n° 2977, p. 157.

registre tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel un fonds est exploité. Un tableau portant, par ordre alphabétique, le nom et l'adresse des négociants ayant obtenu ladite inscription, sera placé, par les soins du greffier, à la porte du tribunal de commerce, à l'endroit réservé aux publications de même nature, et y restera affiché aussi longtemps que durera le nantissement,

« Les choses composant l'élément corporel ne pourront être données en gage que par le moyen de la dépossession effective telle qu'elle est prévue à l'art. 2076 du Code Civil.

« II. — Un décret, rendu dans la forme des règlements d'administration publique, déterminera les modes d'inscription et de radiation au greffe, les émoluments des greffiers, ainsi que toutes les autres mesures d'exécution de la présente loi. »

Cette proposition n'obtint pas plus de succès qu'elle n'en eut du reste le 17 juin de la même année (1) lorsque M. Authier la déposa pour la deuxième fois.

Ce qui caractérise ce projet c'est tout particulièrement l'exclusion du matériel ; en dehors de ce point nouveau M. Authier se contentait d'insister encore sur l'extension toujours plus grande à donner à la publicité.

(1) V. sur ces points le rapport intéressant de M. Bernier, fait à la Chambre de Commerce de Bourg, dans la séance du 28 décembre 1905.

**309.** Un dernier essai fut tenté, au mois de novembre 1905 par M. de Boury, député de l'Eure, dans une proposition qui se rapprochait, par plus d'un côté, de celle de M. Cordelet.

Il n'accordait pas, cependant, le bénéfice du nantissement sans dépossession effective à tous les éléments corporels auxquels ce bénéfice peut être accordé par le projet Cordelet ; il trouvait excessif le régime de publicité par la voie des journaux ; enfin il réclamait la radiation de l'inscription lorsque le créancier nanti a été remboursé, ce qui était peut-être une amélioration du projet suivant.

Ce fut la dernière tentative faite en faveur du nantissement des fonds de commerce jusqu'à M. Cordelet ; comme on peut s'en rendre compte la question restait entière, de savoir si oui ou non le nantissement devait être conservé ou si on devait, au contraire, l'abroger purement et simplement ; si oui ou non on s'inspirerait cette fois des intérêts du commerce ou si l'on doterait une fois de plus notre législation d'une loi confuse et incomplète.

Nous arrivons ainsi à l'élaboration de la loi du 19 mars 1909 et nous parlerons dans la troisième partie de notre étude du projet tout récent de M. Cordelet.

# TROISIÈME PARTIE

## Le Nantissement des Fonds de Commerce d'après les lois des 17 mars et 1er avril 1909

# TROISIÈME PARTIE

## Le Nantissement des Fonds de Commerce d'après les lois des 17 mars et 1er avril 1909

---

### CHAPITRE PREMIER

#### La proposition de loi de M. Cordelet et la discussion des articles

**310.** Depuis le double échec de M. Authier en 1902, le Parlement ne fut plus saisi d'aucun autre projet jusqu'à la proposition de loi que M. Cordelet, sénateur de la Sarthe, déposa le 21 mars 1905 (1).

Ce projet se différencie des deux précédents en ce qu'il embrasse à la fois la vente du fonds et son nantissement ; en ce qu'il émet, à propos de l'un et de l'autre cas, des théories vraiment juridiques, des aperçus véritablement pratiques et répondant,

(1) *J. O.* du 21 mai 1905, p. 151, annexe n° 73.

pour la plupart, aux vœux réitérés des commerçants

La proposition Cordelet est une réforme de l'ordre de choses existant autrefois; elle se divise en trois paragraphes qui traitent respectivement :

1° De la vente des fonds de commerce ;

2° De leur nantissement ;

3° Des dispositions communes à l'un et à l'autre.

C'est ce projet que nous allons étudier au cours de cette première section, en suivant, dans l'ordre chronologique, les diverses étapes qu'il parcourut avant de devenir la loi du 17 mars 1909 (1).

(1) Il nous semble qu'un rapide aperçu devrait faciliter notre travail ; nous allons par suite donner ici un résumé succinct des phases de la question :

*Sénat.* — Proposition de loi présentée par M. Cordelet, le 21 mars 1905 (annexe n° 73, *Journ. Off.* du 21 mai 1905, p. 151). — Rapport sommaire de M. Guillier, le 8 juin 1905 (annexe n° 161, *Journ. Off.* du 29 oct. 1905, p. 499). — Rapport de M. Cordelet, le 25 janv. 1907 (annexe n° 14, *Journ. Off.* du 7 sept. 1907, p. 5). — Première délibération, les 16, 23 et 24 mai 1907 (*Journ. Off.* des 17, 24 et 25 mai 1907, p. 632 et suiv., 644 et suiv.). — Rapport supplémentaire de M. Cordelet, le 29 nov. 1907 (annexe n° 313, *Journ. Off*, du 5 janv. 1908, p. 48). — Deuxième délibération les 6 et 13 mars 1908, et adoption le dernier jour (*Journ. Off.* des 7 et 14 mars 1908, p. 299 et suiv., 358 et suiv.).

*Chambre des Députés.* — Transmission le 19 mars 1908 (annexe n° 1601, *Journ. Off.* du 9 mai 1908, p. 242). — Rapport de M. Louis Baudet, le 22 janv, 1909 (annexe n° 2267). — Déclaration de l'urgence et adoption, sans discussion, avec modification, le 8 févr. 1909 (*Journ. Off.* du 9 févr. 1909, p. 295).

*Sénat.* — Retour au Sénat, le 9 février 1909 (annexe n° 25, *Journ. Off.* du 27 mars 1909, p. 30). — Rapport de M. Cordelet, le 18 févr. 1909 (annexe n° 34, *Journ. Off.* du 27 mars 1909, p. 31). Déclaration de l'urgence, discussion et adoption, le 2 mars 1909 (*Journ. Off.* du 3 mars 1909, p. 163 et suiv.).

## I

### Le Projet en lui-même

**311.** Le premier soin de M. Cordelet est de faire remarquer au Parlement que « le Code de Commerce ne contient aucune disposition visant spécialement le fonds de commerce ».

Supposant que les fonds changent de mains, en moyenne tous les dix ans; il estime leur valeur totale, y compris les marchandises, à plus de 4 milliards, puis il donne un tableau très instructif de la progression suivie par le nantissement depuis la loi du 1er mars 1898 (1).

(1) Nantissements inscrits au greffe du Tribunal de Commerce de la Seine depuis le 1er mars 1908 :

| | |
|---|---|
| En 1898 | 728 |
| En 1899 | 1.089 |
| En 1900 | 1.269 |
| En 1901 | 1.492 |
| En 1902 | 1.605 |
| En 1903 | 1.649 |
| En 1904 | 1.807 |
| En 1905 (au 24 février) | 306 |

Parmi les tableaux que nous avons eu sous les yeux, c'est celui des nantissements inscrits à *Bourg* qui nous a frappé davantage; le voici :

| | |
|---|---|
| En 1898 | 10 |
| En 1899 | 14 |
| En 1900 | 22 |
| En 1902 | 32 |
| En 1905 | 38 |

(Extrait du « *Compte rendu des Travaux de la Chambre de Commerce de Bourg pendant l'année* 1905 ».)

Dans un premier chapitre, nous l'avons dit, il entreprend l'étude « de la vente des fonds de commerce » et reprend une proposition de loi, déposée au Sénat le 14 juillet 1885, par MM. Mazeau et Dietz-Monnin qui, après avoir été prise en considération le 5 décembre de la même année, n'eut pas les honneurs de la tribune.

Nous n'insisterons pas davantage sur cette partie et nous analyserons de suite le chapitre deuxième intitulé « Du nantissement des fonds de commerce ».

Ce chapitre est lui-même subdivisé en deux paragraphes ; M. Cordelet examine dans le premier « l'état de la législation »; dans le second il conclut à la « nécessité d'une réforme de la législation ».

Après avoir cité les articles du Code civil (1) et du Code de Commerce (2), relatifs au gage ; après avoir insisté tout spécialement sur l'importance de la mise en possession du créancier ; sur les facilités de réalisation qui lui sont réservées à défaut de paiement ; il constate « qu'aucune des dispositions de notre législation civile ou commerciale... ne vise le nantissement des fonds de commerce ». Il explique, par ce silence de nos codes, les « hésitations » et les « contradictions » de la jurispru-

(1) *C. civ.*, art. 2071, 2, 4, 5, 6.

(2) *C. de Com.*, art. 91, 2, 3 (loi du 23 mars 1863).

dence, lorsqu'il s'est agi de déterminer les conditions auxquelles le nantissement d'un fonds de commerce devait satisfaire pour être opposable aux tiers ; il expose les difficultés relatives à la mise en possession ; il rappelle le conflit aigu qui sépara les tribunaux consulaires, hostiles au nantissement, des Cours d'appel et de la Cour de Cassation, qui lui étaient plus favorables ; il parle de la loi de 1898, constate son peu d'efficacité et termine en exposant longuement les erreurs d'interprétation résultant de ce qu'on ne savait pas si l'inscription au greffe était à la fois nécessaire et suffisante pour rendre le nantissement opposable aux tiers, ou s'il fallait en outre remplir les autres formalités édictées par le Code civil et par le Code de Commerce.

M. Cordelet s'efforce ensuite de prouver l'opportunité d'une refonte de la loi de 1898 : « Il y a lieu, dit-il, de modifier et de compléter la législation actuelle, notamment en déterminant avec précision les éléments du fonds de commerce susceptibles d'être donnés en nantissement et en réglementant , ce que n'a pas fait la loi de 1898, le délai dans lequel l'inscription doit être prise et les énonciations qu'elle doit contenir.

« Nous aurons aussi à nous demander, ajoute-t-il, si la procédure très sommaire organisée par l'article 93 du Code de Commerce, pour la réalisation du gage commercial, est applicable aux fonds

de commerce donnés en nantissement ». Sur le premier point, M. Cordelet rappelle les discussions survenues pour savoir si, oui ou non, le fonds de commerce est une universalité juridique ou s'il est une simple universalité de fait ; sans prendre parti dans cette controverse il se demande « quels sont les éléments constitutifs d'un fonds de commerce et si tous ces éléments sont susceptibles d'être l'objet d'un nantissement ».

Pour répondre à cette question, il cite la définition du fonds de commerce de M. Labori (1) et celle que donne la Chambre de Commerce de Paris (2)

*Il prétend que le législateur a sagement agi en ne définissant pas le fonds au point de vue de la vente, mais qu'en matière de nantissement il importe, au contraire, de ne rien laisser à l'arbitraire* de l'interprétation. « Il faut, dit-il, dans l'intérêt des tiers comme du créancier gagiste, ne laisser subsister aucun doute sur ce qui fait l'objet du nantissement et, par suite, sur l'étendue et les limites du privilège. »

Il passe ensuite en revue les éléments d'un fonds de commerce susceptibles d'être ou non donnés en nantissement ; il en exclut les créances actuelles

(1) Répertoire encyclopédique de droit français. Verbo *Fonds de commerce.*

(2) Chambre de Commerce de Paris. Délibération du 2 mars 1904.

ou futures, les marchés à recevoir ou à livrer, les traités divers « qui créent des obligations personnelles entre le propriétaire du fonds et des tiers » même les livres de commerce, par ce motif « qu'ils restent la propriété du cédant intéressé à leur conservation pendant dix ans et tenu seulement à laisser le cessionnaire y puiser les renseignements qui peuvent lui être utiles ».

Il discute, pour terminer, la question de savoir si le mobilier, le matériel, l'outillage peuvent être compris parmi les éléments nantis.

Sa conclusion est qu'il paraît nécessaire de comprendre dans le nantissement le matériel et l'outillage, mais qu'il convient d'exclure les marchandises.

Il ajoute que les Cours d'appel d'une part (2), les auteurs, parmi lesquels M. Thaller, d'autre part, sont d'accord pour décider « que la volonté des parties peut réunir dans un contrat tous ces éléments ensemble, mais que rien n'empêche non plus de traiter isolément sur chacun d'eux; à plus forte raison, le législateur peut-il, par des considérations d'intérêt général, exclure du nantissement les élé-

(1) Art. 2 du C. de commerce.

(2) Poitiers, 1er juil. 1901. — D. P., 1904, II, 54.
Rouen, 11 déc. 1901, 29 janv. 1902. — D. P., 1903, II, 169.
Nancy, 21 mars 1902. — D. P., 1903, II, 169.
Paris, 18 mars 1903. — D. P., 1903, II, 169.

ments qui n'y peuvent être compris sans des inconvénients sérieux ».

A l'appui de ce qu'il avance au sujet des marchandises, M. Cordelet cite un certain nombre de décisions judiciaires (1) ; puis il termine la deuxième partie de l'exposé des motifs par quelques citations empruntées à la délibération de la Chambre de Commerce de Paris du 2 mars 1904, à l'ouvrage de M. Raynaud, dont nous avons parlé ; citations qui prouvent clairement que la loi de 1898 doit être remaniée.

Dans le troisième et dernier chapitre, qui renferme « des dispositions communes à la vente et au nantissement des fonds de commerce », il traite les questions relatives : à la réalisation du gage, aux formalités de l'inscription et aux obligations du greffier.

Sur le premier point, M. Cordelet fait remarquer, avec M. Planiol (2), que le fonds de commerce, véritable meuble et de plus susceptible d'hypothèque d'après la loi de 1898, se différencie des autres meubles en ce qu'il a une assiette fixe, un port d'attache ; c'est pour ce motif, dit-il, qu'on a pu faire exception en sa faveur à la règle du Code prohibitive d'hypothèque mobilière.

(1) Trib. Com., Angers, 7 décembre 1900. — D. P. ,1901, II, 97. Trib. Com. du Havre, 31 mai 1899. — S., 1901, II, 153.

(2) Planiol. *Traité élémentaire*, t. II, n° 2787.

« Nous estimons même qu'il faut aller plus loin, ajoute-t-il, et décider que, si le déplacement du fonds a eu lieu sans le consentement du vendeur ou du créancier gagiste, leurs créances deviennent exigibles et ils peuvent en opérer le recouvrement par les voies de droit. C'est à ce point de vue que cette disposition se rattache à la réalisation du gage. »

D'après M. Cordelet, la vente volontaire du fonds de commerce, doit rendre exigibles les créances du précédent vendeur et du créancier gagiste et, si le prix de la vente est insuffisant pour désintéresser les créanciers privilégiés inscrits (précédents vendeurs du créancier gagiste), le plus diligent d'entre eux peut poursuivre la vente du fonds aux enchères publiques. Celles-ci constituent une garantie que le fonds atteindra son maximum de valeur et rendent inutiles le droit de surenchère et la purge qui en est la conséquence.

Il ne semble pas à M. Cordelet qu'on puisse appliquer au nantissement des fonds de commerce les formes sommaires de l'article 93 du Code de Commerce (1) ; ce dernier suppose le créancier en possession de la chose donnée en gage, alors qu'il en est autrement dans le premier cas.

« Suivant que le gage sera civil ou commercial,

(1) En sens contraire : Trib. de la Seine, 8 juin 1904. *Revue critique des Sociétés*, juin 1904, p. 282.

la vente sera ordonnée par un jugement du Tribunal civil ou du Tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.

« Le créancier qui n'a pas de titre exécutoire pourra, par le même jugement, obtenir condamnation contre son débiteur et, si le matériel et les marchandises sont restés en dehors du nantissement, il pourra les saisir et les faire vendre en même temps que le fonds, pour en tirer meilleur parti.

« Les créanciers seront appelés à la vente, à la requête du poursuivant, par acte extrajudiciaire signifié quinze jours d'avance aux domiciles par eux élus dans leurs inscriptions.

« La vente n'aura lieu que quinze jours au moins après apposition d'affiches et publications dans un journal d'annonces légales.

« Nous n'avons pas cru devoir organiser, en faveur du tiers acquéreur, une procédure de purge légale, qui nécessiterait, outre la transcription du contrat de vente ou de nantissement, des formalités compliquées et coûteuses. Si l'on considère que les intérêts de l'acquéreur ne seraient pas suffisamment sauvegardés par la faculté qu'il aurait de se rendre adjudicataire sur la revente aux enchères publiques, provoquée par les créanciers inscrits, et si l'on veut lui donner la faculté de purger, il suffira de s'inspirer, pour organiser la procédure, des dis-

positions des articles 18 à 22 de la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime.

« Nous croyons devoir rappeler que l'article 29 de cette loi ne permet pas la surenchère après une vente judiciaire, qui est présumée, à raison des garanties de publicité qui l'entourent, avoir fait atteindre à la chose vendue son maximum de valeur. »

Sur le second et sur le troisième point, à savoir sur les formalités de l'inscription et les obligations du greffier, voici quelles sont les idées de M. Cordelet.

On peut les grouper sous trois chefs, suivant qu'elles concernent : le délai de l'inscription, les énonciations qu'elle doit contenir, les obligations à imposer au greffier du Tribunal de Commerce.

Il propose un délai de quinzaine pour l'inscription et la publication de la date de l'acte de nantissement ; il spécifie que l'inscription devra individualiser le créancier et le débiteur, clairement désigner le fonds de commerce et les succursales, faire connaître, en même temps que le montant de la créance en principal et accessoire, l'époque d'exigibilité; contenir élection de domicile, par le créancier gagiste, au lieu où siège le tribunal dans le ressort duquel le fonds de commerce est exploité.

Enfin, il propose de limiter à cinq années l'effet

de l'incription, dans le but de faciliter les recherches du greffier.

Ce dernier devra mentionner, en marge des inscriptions, les subrogations totales ou partielles dont il lui sera justifié ainsi que les radiations. Il sera également tenu de délivrer à tout requérant l'état des inscriptions avec les mentions de radiations partielles, de subrogations partielles ou totales, du certificat constatant qu'il n'existe aucune inscription.

Il faudra un acte authentique de mainlevée ou un jugement passé en force de chose jugée pour opérer les radiations.

Suit la proposition de loi, divisée en trois parties, comme l'exposé des motifs, et dont les chapitres II et III sont relatifs au nantissement des fonds de commerce.

Il est à remarquer que M. Cordelet, en rédigeant son projet, s'est inspiré des principes du Code Civil qui réglementent les hypothèques, reproduisant même à l'occasion les termes de certaines de ces dispositions ; d'où le réel intérêt d'un rapprochement entre la loi de 1909 et la législation hypothécaire de droit commun. Nous allons établir ce rapprochement en citant en regard des articles de la loi de 1909 ceux du Code Civil dont ils dérivent.

*Code civil*

ART. 2147. — Tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand cette différence serait marquée par le conservateur.

*Proposition Cordelet*

ART. 12. — Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions.

Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence.

*Dispositions communes à la vente et au nantissement de fonds de commerce.*

SECTION I. — *De la réalisation du gage et de la purge des créances inscrites.*

ART. 13. — En cas de déplacement du fonds de commerce, les créances inscrites deviendront de plein droit exigibles si le propriétaire du fonds n'a pas fait connaître aux créanciers inscrits, quinze jours au moins d'avance, son intention de déplacer le fonds et le

SECTION II. — *Formalités de l'inscription. Obligations du greffier.*

ART. 2148. — Pour opérer l'inscription, le créancier représente, soit par lui-même, soit par un tiers, au conservateur des hypothèques, l'original de l'acte de vente ou du titre constitutif du nantissement s'il est sous seings privés ou en brevet, ou une expédition s'il en existe en minute. Il y est joint deux bordereaux écrits sur papier timbré dont

ART. 24. — Le vendeur ou le créancier gagiste, pour inscrire leur privilège, représentent, soit eux-mêmes, soit par un tiers, au greffier du tribunal de commerce, l'un des originaux de l'acte de vente ou du titre constitutif du nantissement, s'il est sous seing privé, ou une expédition, s'il existe en minute. L'acte de vente ou de nantissement

l'un peut être porté sur l'expédition du titre ; ils contiennent :

1° Les noms, prénoms, domiciles du créancier, sa profession, s'il en a une, et l'élection de domicile pour lui dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau ;

2° Les nom, prénoms, domicile du débiteur, sa profession s'il en a une connue, ou une désignation individuelle et spéciale, telle que le conservateur puisse reconnaître et distinguer dans tous les cas l'individu grevé d'hypothèque

3° La date et la nature du titre ;

4° Le montant du capital des créances exprimées dans le titre, ou évaluées par l'inscrivant, pour les rentes et prestations, ou pour les droits éventuels, conditionnels ou indéterminés, dans les cas où cette évaluation est ordonnée ; comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux et l'époque de l'exibilité;

5° L'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels il entend conserver son privilège ou son hypothèque.

Cette dernière disposition n'est pas nécessaire dans le cas des hypothèques légales ou judiciaires : à défaut de convention, une seule inscription, pour ces hypothèques, frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau.

sous seing privé reste déposé au greffe.

Il y est joint deux bordereaux écrits sur papier libre ; l'un d'eux peut être porté sur l'original ou sur l'expédition du titre ; ils contiennent :

1° Les noms, prénoms et domiciles du vendeur et de l'acquéreur, ou du créancier et du débiteur, ainsi que du propriétaire du fonds si c'est un tiers, leur profession s'ils en ont une ;

2° La date et la nature du titre ;

3° Les prix de la vente établis distinctement pour le matériel, les marchandises et les éléments incorporels du fonds, ainsi que les charges évaluées, s'il y a lieu, ou le montant de la créance exprimée dans le titre ; les conditions relatives aux intérêts et à l'exigibilité ;

4° La désignation du fonds de commerce et de ses succursales, s'il y a lieu, avec l'indication précise des éléments qui les constituent et sont compris dans la vente ou le nantissement, la nature de leurs opérations et leur siège, sans préjudice de tous autres renseignements propres à les faire connaître ; si la vente ou le nantissement s'étend à d'autres éléments du fonds de commerce que l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail et la clientèle, ces éléments doivent être nommément désignés ;

| | |
|---|---|
| | 5° Élection de domicile par le vendeur ou le créancier gagiste dans le ressort du tribunal de la situation du fonds.<br>Les ventes ou cessions de fonds de commerce comprenant des marques de fabrique et de commerce, des dessins ou modèles industriels, ainsi que les nantissements de fonds qui comprennent des brevets d'invention ou licences, des marques ou des dessins et modèles, doivent, en outre, être inscrits à l'Office national de la propriété industrielle, sur la production du certificat d'inscription délivré par le greffier du tribunal de commerce, dans la quinzaine qui suivra cette inscription ; à peine de nullité, à l'égard des tiers, des ventes, cessions ou nantissements en ce qu'ils s'appliquent aux brevets d'invention et aux licences, aux marques de fabrique et de commerce, aux dessins et modèles industriels. Les brevets d'invention compris dans la cession d'un fonds de commerce restent soumis pour leur transmission aux règles édictées par la section IV du titre II de la loi du 5 juillet 1844. |
| ART. 2150. — Le conservateur fait mention sur son registre du contenu des bordereaux et remet au requérant tant le titre ou l'expédition du titre que l'un des bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription. | ART. 25. — Le greffier transcrit sur son registre le contenu des bordereaux et remet au requérant tant l'expédition du titre que l'un des bordereaux au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription. |

Art. 2154. — Les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilège pendant dix années, à compter du jour de leur date ; leur effet cesse si ces inscriptions n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai.

Art. 2157. — Ces inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée..

Art. 26. — Il mentionne en marge des inscriptions les antériorités, les subrogations et radiations totales ou partielles dont il lui est justifié. Les antériorités et les subrogations pourront résulter d'actes sous seing privé, dûment enregistrés.

Art. 27. — Si le titre d'où résulte le privilège inscrit est à ordre, la négociation par voie d'endossement emporte la translation du privilège.

Art. 28. — L'inscription conserve le privilège pendant cinq années à compter du jour de sa date ; son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai.

Elle garantit, au même rang que le principal, deux années d'intérêts.

Art. 29. — Les inscriptions sont rayées, soit du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, soit en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée.

A défaut du jugement, la radiation totale ou partielle ne peut être opérée par le greffier que sur le dépôt d'un acte authentique de consentement à la radiation, donné par le créancier ou son concessionnaire régulièrement subrogé, et justifiant de ses droits.

La radiation totale ou partielle de l'inscription prise à l'Office national sera opérée sur la production du certificat

ART. 2159. — La radiation non consentie est demandée au tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été faite, si ce n'est lorsque cette inscription a eu lieu pour sûreté d'une condamnation éventuelle ou indéterminée, sur l'exécution ou liquidation de laquelle le débiteur et le créancier prétendu sont en instance ou doivent être jugés dans un autre tribunal ; auquel cas la demande en radiation doit y être portée ou renvoyée. Cependant la convention faite par le créancier et le débiteur de porter, en cas de contestation, la demande à un tribunal qu'ils auraient désigné recevra son exécution entre eux.

ART. 2196. — Les conservateurs des hypothèques sont tenus de délivrer, à tous ceux qui le requièrent, copie des actes transcrits sur leurs registres et celle des inscriptions subsistantes, ou certificat qu'il n'en existe aucune.

de radiation délivré par le greffier du tribunal de commerce.

ART. 30. — Lorsque la radiation, non consentie par le créancier, est demandée par voie d'action principale, cette action est portée devant le tribunal de commerce du lieu où l'inscription a été prise.

Si l'action a pour objet la radiation d'inscriptions prises dans des ressorts différents, sur un fonds et ses succursales, elle sera portée, pour le tout, devant le tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve l'établissement principal.

ART. 31. — La radiation est opéré au moyen d'une mention faite par le greffier en marge de l'inscription.

Il en est délivré certificat aux parties qui le demandent.

ART. 32. — Les greffiers des tribunaux de commerce sont tenus de délivrer à tous ceux qui le requièrent, soit l'état des inscriptions existantes, avec les mentions d'antériorité, de radiations partielles et de subrogations partielles ou totales, soit un certificat qu'il n'en existe aucune ou simplement que le fonds est grevé.

Un état des incriptions ou mentions effectuées à l'Office

national devra de même être délivré à toute réquisition.

L'officier public commis pour procéder à la vente d'un fonds de commerce pourra, s'il le juge utile, se faire délivrer par le greffier copie des actes de vente sous seing privé déposés au greffe et concernant ledit fonds. Il pourra également se faire délivrer expédition des actes authentiques de vente concernant ce fonds.

Art. 2197. — Ils sont responsables du préjudice résultant :

1° De l'omission sur leurs registres des transcriptions d'actes de mutation et des inscriptions requises en leurs bureaux ;

2° Du défaut de mention dans leurs certificats d'une ou de plusieurs des inscriptions existantes, à moins, dans ce dernier cas, que l'erreur ne provînt de désignations insuffisantes qui ne pourraient leur être imputées.

Art. 33. — Dans aucun cas, les greffiers ne peuvent refuser ni retarder les inscriptions ni la délivrance des états ou certificats requis

Ils sont responsables de l'omission, sur leurs registres, des inscriptions requises en leur greffe et du défaut de mention, dans leurs états ou certificats, d'une ou plusieurs inscriptions existantes, à moins, dans ce dernier cas, que l'erreur ne provînt de désignations insuffisantes qui ne pourraient leur être imputées.

Art. 34. — Le droit d'inscription de la créance du vendeur ou du créancier gagiste est fixé à cinq centimes par cent francs (0 fr. 05 p. 100). sans addition d'aucun décime. Il sera perçu lors de l'enregistrement de l'acte de vente sur le prix ou la portion du prix non payé, et lors de l'enregistrement du contrat de nantissement sur le capital de la créance.

Le droit d'inscription dû pour les inscriptions prises soit en renouvellement, soit en vertu de la disposition transitoire ci-après, sera perçu par l'administration de l'Enregistrement sur la présentation des bordereaux, avant leur dépôt au greffe du tribunal de commerce.

Sont affranchis du timbre : le registre des inscriptions tenu par le greffier en exécution de l'art. 25, les bordereaux d'inscription, les reconnaissances de dépôts, les états, certificats, extraits et copies dressés en exécution de la présente loi, ainsi que les pièces produites pour obtenir l'accomplissement d'une formalité et qui restent déposées au greffe, et les copies qui en seront délivrées en exécution de l'art. 32, § 3, à la condition que ces pièces mentionnent expressément leur destination.

Les bordereaux d'inscription, ainsi que les états ou certificats et copies d'acte de vente sous seing privé, délivrés par les greffiers, sont exempts de la formalité de l'enregistrement.

## II

### Rapport sommaire par M. Guillier, sénateur (1)

**312.** M. M. Guillier ouvre son rapport par un bref aperçu sur la situation faite aux commerçants.

« Pour essayer, dit-il, de faire échec à la mauvaise foi, dans un grand nombre de villes, l'usage s'est introduit de donner aux ventes des fonds de commerce une certaine publicité et de laisser aux créanciers du vendeur un délai, généralement de dix jours, pour faire opposition au payement du prix. »

..... (La proposition Cordelet) « a pour but de compléter la loi du 1er mars 1908 sur les nantissements de fonds de commerce, en faisant cesser les controverses auxquelles son interprétation donne lieu ».

Et M. Guillier passe alors en revue les points que vient élucider le projet Cordelet :

(1) Au nom de la troisième Commission d'initiative parlementaire chargée d'examiner la proposition de loi de M. Cordelet et comprenant MM. Piot, président ; Guillier, secrétaire ; Beaupin, Raquet, Magnieu, Bizon de Fonteny, Gustave Rivet, Pédebidou, Alasseur, Thuillier, de Las-Cases, Gourju, Fortier, Girard, Forest, Mascuraud, Bezine, Hugot.

**313.** 1° Il met fin à la discussion tendant à savoir si l'inscription du nantissement au greffe du Tribunal de Commerce est suffisante pour rendre le nantissement opposable aux tiers, ou s'il faut, en outre, remplir les autres formalités édictées par les Codes.

**314.** 2° Il détermine les éléments du fonds de commerce susceptibles d'être donnés en nantissement.

**315.** 3° Il fixe un délai et les conditions dans lesquels l'inscription doit être prise.

**316.** 4° Il propose que le gage soit désormais toujours vendu aux enchères publiques et il supprime le droit, pour le créancier, de demander l'attribution à son profit des objets engagés, après une estimation faite par experts.

**317.** 5° Après avoir déclaré applicables au nantissement des fonds de commerce les articles 446, 447, 448 du Code de Commerce, il précise avec soin les formalités à remplir pour la réalisation du gage et pour l'inscription ou la radiation du nantissement.

M. Guillier conclut à ce qu'il ya lieu pour le Sénat de voter la prise en considération du projet (1).

(1) *J. O.*, 29 oct. 1905, p. 499, annexe n° 161.

**318.** On trouve ainsi dans ce rapport un excellent résumé de la proposition de loi qu'il étudie ; d'après cette proposition, le nantissement des fonds de commerce devient une véritable hypothèque sur un meuble incorporel.

Cette hypothèque, en effet, porte sur un capital ayant un siège fixe et ne pouvant disparaître du jour au lendemain ; sur un capital offrant par conséquent les mêmes garanties de stabilité qu'un immeuble quelconque.

Ce qui, sous l'empire de la loi de 1898, pouvait rendre l'hypothèque mobilière critiquable, lorsqu'elle s'appliquait au fonds de commerce, c'était l'introduction, dans ce fonds, d'un élément essentiellement variable : les marchandises. Aujourd'hui, toute difficulté a disparu par l'exclusion de ces marchandises et par la formation d'une masse, d'un bloc, comprenant simplement d'une part : l'achalandage et la clientèle, l'enseigne, le nom commercial et le droit au bail ; d'autre part : le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation, les brevets, licences, marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles industriels et généralement les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique, qui y sont attachés.

## CHAPITRE II

### Possibilité de donner en gage un Fonds de Commerce sous l'empire de la nouvelle loi Étendue du Nantissement

#### § Ier

#### Possibilité de donner en gage un Fonds de Commerce sous l'empire de la nouvelle loi

**319.** Il nous a été donné de voir, dans la deuxième partie de cet ouvrage, combien l'ancienne législation laissait à désirer au point de vue de la clarté : ne s'occupant d'aucun détail, ne prévoyant aucune difficulté, ne disant pas même d'une façon péremptoire que le fonds de commerce est susceptible de nantissement.

La loi de 1909, beaucoup plus explicite, s'est attachée à combler bien des lacunes et son article 8 dispose que « les fonds de commerce peuvent faire l'objet de nantissements, sans autres conditions et formalités que celles prescrites par la présente loi ».

Voici donc un point définitivement acquis.

Sachant ce qu'on est convenu d'appeler un fonds, il nous paraît superflu de revenir sur ce que nous disions lors de l'analyse de ce bien, et pourtant nous croyons utile de poser en principe que le fonds doit être *commercial*. La chose est absolument essentielle et peut, le cas échéant, donner naissance aux difficultés les plus embarrassantes, lorsqu'il *faut* notamment déterminer, dans le cas d'une exploitation, quel est le principal et quel est l'accessoire (1).

**320.** Il importe aussi de nous prononcer sur la question très intéressante du fonds de commerce futur, dont nous n'avons pas encore eu l'occasion de parler jusqu'ici. Le cas peut se présenter dans l'hypothèse très vraisemblable où, dans le contrat de nantissement, il a été convenu que les succursales à venir seraient comprises dans le nantissement.

Admettant qu'il s'agit ici d'une hypothèque mobilière, nous nous trouvons dans la situation prévue et réglée par l'article 2130 qui dit : « Néan-

(1) MM. Montier et G.-H. Faucon : *De la vente et du nantissement des Fonds de commerce*, Paris, 1909, p. 152, n° 18, choisissent un exemple qui nous semble excellent : le bureau de tabac auquel se joint très fréquemment un commerce d'articles pour fumeurs plus ou moins important et souvent aussi un débit. La question qui se pose est celle de savoir où est le principal, où l'accessoire.

moins, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite, y demeure affecté à mesure des acquisitions ». Et par conséquent, il ne nous semble pas impossible, de prime abord, de donner en nantissement le fonds futur à la double condition : 1° que les biens présents et libres du débiteur soient insuffisants pour la sûreté de la créance ; 2° que cette insuffisance soit exprimée au contrat (1).

## § 2.

### Étendue du Nantissement

**321.** Les éléments du fonds de commerce n'ont pas tous la même valeur, nous le savons, et plusieurs

(1) Le point est très controversé de savoir ce que la loi veut dire en parlant des « *biens présents* » ; la loi a-t-elle simplement l'intention de parler des biens susceptibles d'hypothèque, c'est-à-dire des immeubles? Oui, dit Gillard, dans *La Constitution de l'hypothèque conventionnelle*, n° 274 ; non, affirment Demante et Colunet de Santerre, 2e édit., t. IX, n° 97 *bis*, II.

D'après la jurisprudence la plus courante, cette convention ne vaudrait que comme une simple *promesse* de gage :

Trib. com., Lyon, 13 mai 1903, *Moniteur judiciaire*, Lyon, 20 juillet 1903 ; Bourges, 29 avril 1901, *J. des. Trib. de Com*, 1903, n° 660 ; Douai, 15 nov. 1906, *J. des Notaires*, 1908, 503.

Voir en ce sens : F. Montier et G.-H. Faucon, précité, n° 19, p. 152.

d'entre eux même ont une importance qui étonne lorsqu'on va au fond des choses ; il est essentiel de pouvoir déterminer quels éléments peuvent être donnés en nantissement, quels autres au contraire sont exclus par la loi de 1909.

C'est l'article 9 (1) qui va nous répondre sur ce point :

« Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement soumis aux dispositions de la présente loi, comme faisant partie d'un fonds de commerce : l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et

(1) Ancien article 4 du projet Cordelet, modifié d'abord sur la proposition de la troisième Commission d'initative parlementaire nommée par le Sénat, ensuite lors de la première délibération au Sénat. Les premiers changements consistèrent à ajouter au paragraphe premier, les mots... « et généralement les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés ; au § 2, les mots ... « dans l'acte qui les constitue »... Les seconds eurent pour but d'intercaler entre le premier et l'ancien paragraphe 2, un paragraphe nouveau ainsi conçu : « Le certificat d'addition postérieur au nantissement, qui comprend le brevet auquel il s'applique, suivra le sort de ce brevet et fera partie, comme lui, du gage constitué. »

Aux termes de l'art. 22, parag. 1er, de la loi du 5 juillet 1884, le concessionnaire d'un brevet profite, de plein droit, des certificats d'addition délivrés ultérieurement au breveté ou à ses ayants droits. Il a paru nécessaire de dire expressément que le certificat d'addition postérieur au nantissement suivra le sort du brevet et fera partie comme lui du gage constitué.

modèles industriels et généralement les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés. » Le certificat d'addition, postérieur au nantissement, qui comprend le brevet auquel il s'applique, suivra le sort de ce brevet et fera partie, comme lui, du gage constitué.

A défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Si le nantissement porte sur un fonds de commerce et ses succursales, celles-ci doivent être désignées par l'indication précise de leur siège.

Depuis fort longtemps, nous l'avons dit, les commerçants et les juristes demandaient qu'une énumération limitative des éléments du fonds de commerce, compris dans le nantissement du fonds, fût donnée : le texte que nous venons de transcrire, comble leurs vœux.

Si le fonds est donné en gage, sans désignation des parties qui le composent, le nantissement ne pourra porter que sur un certain nombre d'éléments incorporels : le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, l'enseigne et le nom commercial.

En revanche, aucun autre élément constitutif du fonds de commerce que ceux énumérés dans l'article 9 ne pourra, d'après la présente loi, être compris dans le nantissement en bloc ; il en est

ainsi notamment pour les marchandises et les créances.

Sont encore exclus : les livres de commerce, la correspondance, les marchés à livrer et autres traités, les loyers versés d'avance, l'immeuble où s'exploite le fonds.

### a) *Exclusion des marchandises*

**322.** Que faut-il entendre par marchandises ? Tel est le premier point à élucider et la chose n'est pas aussi simple en pratique qu'elle peut le sembler en théorie.

C'est précisément parce que la matière mérite une attention toute spéciale que nous revenons sur des explications déjà effleurées précédemment.

Il importe, en effet, de ne pas confondre, le *matériel* et les *marchandises*, de chercher un critérium qui les différencie toujours et partout : c'est là que réside la difficulté.

Les marchandises, d'une façon générale, sont des objets qu'un négociant achète ou fabrique dans le but de les revendre et de profiter de l'excédent du prix de vente sur le prix d'achat ou de confection.

**323.** Le matériel, au contraire est composé d'instruments, de machines, de mobilier, de ma-

tières premières destinés à la création ou à la transformation des marchandises ; il fait essentiellement partie du fonds de commerce. Et sur ce point nous ne saurions approuver sans réserve MM. Montier et Faucon lorsqu'ils nous proposent la distinction suivante : « En principe tout approvisionnement constitue une marchandise, quelle qu'en soit la destination, qu'il s'agisse de matières premières destinées à être transportées pour être revendues, ou de matières premières destinées à être consommées dans l'usine. Toutefois, dès le moment où une marchandise est distraite de l'approvisionnement pour être incorporée et consommée dans le fonds, elle fait partie intégrante du matériel et ne peut plus en être séparée (1) ». C'est la destination qui fait la marchandise et non l'emploi. Chaque fois qu'il sera possible de prouver la destination il sera superflu de prouver l'emploi ; avec ce correctif, le critérium de MM. Montier et Faucon devient exact.

**324.** Qu'on le remarque bien, l'exclusion des marchandises du nantissement des fonds de commerce aura la portée la plus considérable, puisque le créancier ne pourra plus se réserver comme autrefois un privilège sur cet élément parfois prépondé-

(1) Montier et Faucon, *Op. cit*, p. 159.

rant et, si l'on s'est décidé, après mille hésitations, à la décréter, c'est qu'il y avait un intérêt majeur en cause : la protection des fournisseurs.

Ceux-ci, avec la meilleure volonté du monde, ne peuvent en effet, à chaque instant, se tenir au courant des modifications apportées aux registres du greffe ; il fallait tenir compte de cette considération et leur éviter de se voir primés par un nantissement survenu entre la livraison des marchandises et l'époque du paiement !

Somme toute il y avait autrefois deux opinions en présence, l'une « admettant que, de plein droit, le nantissement d'un fonds de commerce n'embrasse pas de lui-même les marchandises, mais que par une stipulation expresse et additionnelle les parties peuvent les y comprendre (1) » ; et l'autre « estimant que, même par une clause formelle, les parties ne pourraient jamais opérer le nantissement des marchandises par une simple mesure de publicité et en dehors d'une dépossession matérielle du débiteur, conformément au droit commun (2) ».

La loi de 1909, obligée de se décider dans un sens ou dans l'autre, s'est conformée à la solution adoptée par la Société d'études législatives en

(1) Rapport de M. Percerou, précité (Société d'études législatives).

(2) *Id.*

excluant purement et simplement les marchandises des biens composant un fonds de commerce et pouvant être nantis en bloc avec ce dernier (1).

**326.** Mais alors on est en droit de se demander pourquoi, dans le cas de vente, les marchandises ne sont pas également exclues du privilège du vendeur. La réponse est simple et nous allons l'emprunter, avec M. Bouvier-Bangillon (2), au rapport de M. Cordelet : « La vente d'un fonds de commerce, qui est, pour le vendeur, le dernier acte de sa vie commerciale, est un acte nécessaire. L'acquisition du « fonds pour l'exploiter est le premier acte de la vie commerciale de l'acheteur et c'est à ce moment même que prend naissance le privilège du vendeur, dont l'effet est limité ar l'inscription. Il n'y a pas de créanciers anté-

(1) Sur ces points, voir Jean Dreyfous et Albert L. Legrand, Paris, 1909, p. 6, 2, 3.

Bouvier-Bangillon : *De la vente et du nantissement des Fonds de commerce*, Paris, 1909, p. 131.

V. dans ce sens aussi : Exposé des motifs de la proposit. Cordelet (*J. O.*, 21 mai 1905, annexes, p. 151).

Trib. com. du Havre, 30 mai 1899. — S. 1901, II, 153 ; Angers, 7 déc. 1900. — D. P., 1901, II, 97 ; Tourcoing, 30 sept. 1902. — D. P., 1903, II, 169.

Délibérat., Ch. de Com. de Paris, du 2 mars 1904.

Rapport supplémentaire. *J. O.*, du 5 janv. 1908, annexes, p. 49.

*La vente et le nantissement des Fonds de commerce.* Administration Dalloz, p. 102 et suiv.

(2) Bouvier-Bangillon, *Op. cit.*, p. 21.

rieurs auxquels puisse nuire la survenance de ce privilège. Les nantissements, au contraire, pourront intervenir à tout moment de sa vie commerciale, dans l'intervalle qui s'écoulera entre la vente des marchandises et l'époque fixée pour le paiement ; et c'est à ce point de vue surtout, parce qu'il est pratiquement impossible d'obliger le fournisseur à consulter le registre du greffe avant chacune de ses opérations, que nous nous sommes placés pour interdire le nantissement sur les marchandises.

« La mutation du fonds de commerce est révélée aux tiers par la prise de possession qui la suit, indépendamment même de la publicité organisée par la présente loi. Les fournisseurs en relations avec l'ancien propriétaire du fonds la connaîtront nécessairement et, avant de nouer des rapports d'affaires avec le successeur, ils devront et pourront se renseigner sur les conditions de la cession ; ils n'auront besoin de consulter qu'une fois, au début de ces relations nouvelles, le registre du greffe et l'inscription les édifiera sur l'importance de la créance privilégiée du vendeur. Ils verront alors dans quelle mesure ils peuvent faire confiance au nouveau titulaire du fonds et il pourra intervenir des arrangements entre eux et le vendeur privilégié, intéressé à ménager le crédit de son successeur et à lui rendre possible l'exploitation du fonds.

« Ajoutons enfin que souvent les marchandises forment la principale valeur du fonds et que refuser au cédant son privilège sur les marchandises, c'est exclure des cessions des employés honnêtes et laborieux, mais sans ressources suffisantes pour un paiement comptant. C'est fermer l'accès du patronat à une classe intéressante. » (Rapport Cordelet, cité par M. Bouvier-Bangillon.)

### b) *Exclusion des créances*

**327.** Si la loi de 1909 a innové d'une façon très heureuse lorsqu'il s'agit de marchandises elle n'a pas eu besoin de viser particulièrement les créances ; la doctrine et la jurisprudence, nous l'avons vu, les excluaient déjà du fonds de commerce (1). Du reste, il est toujours permis au commerçant de faire, pour les créances, un contrat de gage spécial (2) ; dans cette hypothèse, il faudrait une signification du transport au débiteur (3).

(1) Pour mémoire simplement :
Trib. com. Flers, 15 mai 1900. — D. P., 1901, II, 97.
Dissertation Ch. Robert.
Baudry-Lacantinerie et de Loynes : *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, 3e édit., t. Ier, nº 63.
Montier : *Des nantissements de Fonds de commerce*, nº 70 et suiv.

(2) D'après les art. 91, § 4, du C. de com. et 2075 du C. civ.

(3) Pour l'exclusion des créances : Tribunal civil d'Avesnes, 1er juillet 1908, *J. F.* 1908, p. 459, cité par MM. Montier et Faucon, *op. cit.*, p. 150.

c) *Exclusion des livres de commerce et de la correspondance*

**328.** Aux termes de l'article 11 du Code de Commerce, les commerçants seront tenus de conserver ces livres pendant dix ans; « ces livres ne doivent donc pas être compris dans le nantissement du fonds »; mais il ressort des travaux préparatoires que le cédant sera tenu « de laisser le cessionnaire y puiser les renseignements qui peuvent lui être utiles (1) ».

d) *Exclusion des marchés à livrer et autres traités*

**329.** On appelle *ventes à livrer* d'une façon générale, les ventes dans lesquelles on ne doit exécuter la livraison des marchandises qu'après un certain délai; ces ventes se trouvent exclues par le fait même de l'exclusion des créances et des traités créateurs d'obligation personnelles. « Le cession-

(1) Sur le point de savoir si la vente d'un fonds de commerce comprend les livres, voir dans le sens opposé à celui des travaux préparatoires.

Paris, 24 déc. 1890; 27 janv. 1893. — D. P., 93, I, 33, et II, 233.

naire du fonds ne peut se substituer au cédant sans obtenir l'autorisation du contractant (1) ».

e) *Exclusion des loyers payés d'avance*

**330.** Le paragraphe premier de l'article 9 que nous transcrivions plus haut donne une énumération *limitative* des éléments du fonds susceptibles d'être nantis en bloc ; or on n'y voit pas figurer les loyers payés d'avance par le commerçant au propriétaire de l'immeuble et de plus les travaux préparatoires sont muets sur ce point ; il est donc bien permis de conclure à l'exclusion de ces loyers.

f) *Exclusion de l'immeuble où s'exploite le fonds*

**331.** Le plus souvent, nous l'avons constaté plus haut, le commerçant loue un immeuble pour exploiter son industrie ; ce n'est évidemment pas de cette hypothèse normale qu'il est ici question, puisque l'article 9 a soin de mentionner « le droit

(1) Voir sur ce point Montier et Faucon, *op. cit*, p. 150.
Exposé des motifs, *J. O.* du 21 mai 1905, annexes p. 151.
Boutaud et Chabrol : *Traité général des Fonds de commerce*, n° 325.
Bourges, 29 avril 1901, *Gaz. Pal.*, 1901, 1, 710.

au bail » parmi les éléments qui peuvent être donnés *en gage* avec le fonds. Il s'agit du cas très fréquent où le commerçant s'est installé dans un immeuble dont il est propriétaire mais qui n'est pas compris dans l'énumération du paragraphe 1er de l'article 9. Tout ce que le constituant pourra faire sera de consentir au créancier nanti une hypothèque conventionnelle sur son immeuble et cela à titre de garantie complémentaire. En dehors des éléments que nous venons de citer , tous ceux dont parle l'article 9 peuvent être donnés en nantissement par une seule et même opération ; il est important de noter qu'à défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage. (Art. 9, alinéa final.)

## § 3

### Conditions de forme du Nantissement

**331.** Les conditions à remplir pour donner un fonds de commerce en nantissement sont indiquées par l'aticle 10.

« Le contrat de nantissement est constaté par

un acte authentique ou par un acte sous seing privé dûment enregistré (1) ».

Le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit, par le seul fait de l'inscription, sur un registre public tenu au greffe du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.

La même formalité devra être remplie au greffe du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel est située chacune des succursales du fonds compris dans le nantissement.

Cet article, qui n'est que la reproduction de l'article 5 du projet, à cé détail près qu'on a supprimé l'insertion dans un journal d'annonces légales d'après les modifications proposées par la troisième Commission d'initiative parlementaire, traite un certain nombre de questions tout particulièrement intéressantes.

### A) *Un acte authentique ou sous seing privé*

**332.** Le paragraphe premier de ce texte précise que le *contrat de nantissement est constaté par un acte*

(1) Si l'acte de nantissement est constitué par acte séparé il doit être perçu un droit fixe de 3 francs.

Si, au contraire, le nantissement se trouve mentionné dans un acte qui reconnaît une dette, on ne perçoit que 1 franc pour 100 sur le montant total de la créance.

*authentique ou par un acte sous-seing-privé dûment enregistré* ».

Cette disposition a eu pour but de mettre fin aux interminables discussions qu'avait soulevées le silence du législateur à ce sujet : les uns prétendaient qu'il fallait observer l'article 2074 du Code Civil, les autres et c'était la majorité, que seul l'article 91, du Code de Commerce pouvait ici trouver son application (1).

(1) L'article 2074 du Code civil porte :

« Ce privilège (du créancier gagiste) n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature de choses remises en gage, ou un état annexé de leur qualité, poids, mesure.

« La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de 150 fr. »

L'article 91 du Code de commerce de son côté disposé :

« Le gage constitué, soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article 109 du Code de commerce.

Ainsi donc le contrat de nantissement doit toujours être constaté par écrit comme lorsqu'il est question de vente. Avant la loi de 1909 on n'exigeait cet écrit que lorsqu'il s'agissait d'un gage civil ; de plus, il est remarquable qu'on se contente ici d'un simple acte sous seing privé enregistré alors qu'on se trouve en matière hypothécaire (mobilière) et que le droit commun hypothécaire exige un acte authentique (art. 2127 c. civ.).

Il y a plus encore. Même lorsque l'acte est sous-seing privé, la loi de 1909 déroge à l'article 1325 du Code civil.

Celui-ci dispose, en effet, que « les actes sous-seing-privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt... »

Eh bien, le nantissement des fonds de commerce devra toujours

En principe l'acte dont nous parlons (acte authentique ou sous-seing privé) devra contenir toutes les mentions qui figureront ensuite dans les bordereaux d'inscription.

Savoir :

1° Les noms, prénoms et domiciles, du créancier et du débiteur ainsi que du propriétaire si c'est un tiers, leur profession s'ils en ont une ;

2° La date exacte à laquelle l'acte a été fait (c'est de cette date que va courir le délai de quinzaine dans lequel le créancier doit faire inscrire son nantissement, sous peine de nullité) ;

3° La désignation du fonds de commerce et de ses succursales, s'il y a lieu, avec l'indication précise des éléments qui sont compris dans le nantissement ;

Si le nantissement s'étend à d'autres éléments du fonds que l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail et la clientèle, ceux-ci doivent être clairement désignés (il ne faut pas oublier, en effet, que d'après la loi de 1909 les marchandises ne font plus partie du nantissement en bloc du fonds de commerce);

être rédigé en *double original*; cela ressort clairement de l'art. 24 d'après lequel « le vendeur ou le créancier gagiste, pour inscrire leur privilège, représentent, soit eux-mêmes, soit par un tiers, au greffier du Tribunal de commerce, *l'un des originaux de l'acte de vente ou du titre consécutif du nantissement s'il est sous seing privé*, ou une expédition s'il existe en minute... »

(Voir sur ce point M. Bouvier-Bangillon, *op. cit*, p. 120-121).

4° Élection de domicile, par le créancier gagiste dans le ressort du Tribunal de la situation du fonds ;

5° Le montant de la créance ;

6° La nature de l'exploitation ;

7° L'époque de l'exigibilité ;

8° Mention de la copie laissée au greffe ;

9° S'il y a des succursales, il faut les énumérer ainsi que les éléments qui les composent.

Il doit enfin être fait autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt différent ; ces exemplaires doivent être revêtus de la signature des parties contractantes ; on en rédige un spécialement destiné à rester entre les mains du greffier (il est affranchi du timbre).

L'acte de nantissement doit être présenté à l'enregistrement dans les quinze jours de sa date, en vertu des dispositions de l'article 11 (le droit d'inscription au greffe, perçu lors de l'enregistrement, est de 0 fr. 05 pour 100 francs) ; et alors de deux choses l'une : ou bien le nantissement se trouve inclus dans l'acte même dressé pour constater l'obligation, ou bien il fait l'objet d'un acte distinct.

Dans le premier cas, il ne donne lieu à la perception d'aucun droit ; dans le second, au contraire, le coût est de trois francs (droit fixe).

La Commission au Sénat a estimé que, dans tous

les cas, un écrit était nécessaire dans le but de prévenir toute contestation sur l'étendue du privilège (1).

Sous le régime de la loi de 1898, les avis se partageaient sur le point de savoir si l'inscription sur le registre du greffe, requise par cette loi, suffisait pour valider le nantissement du fonds de commerce, ou s'il ne fallait pas, en outre, observer les articles 2075 et 2076 du Code Civil (2); la nouvelle loi tranche la question dans le paragraphe 2 de son article 10 en décidant que le privilège s'établit « par le seul fait de l'inscription ».

Quant au dernier paragraphe de l'article, il édicte une mesure très sage, mais il omet de dire ce qui devrait être fait dans le cas où l'on voudrait simplement mettre en gage une succursale et non le fonds principal. *C'est une lacune importante et qu'il faudra évidemment combler un jour ou l'autre* (3).

Qu'on le remarque en passant, l'acte de nantissement peut être à ordre (article 27), il doit être enregistré (4).

(1) Projet de la *Société d'Etudes législatives*, article premier ; rapport de M. Perceron, p. 21 ; rapport de M. Cordelet, précité.

(2) Voir ce que nous disons à ce sujet, p. 244.

(3) Sur ce point, voir le rapport de M. Millerand à la Chambre.

(4) Nous aurons à parler plus loin de l'enregistrement; disons seulement que dans le cas d'un acte authentique, celui-ci doit être dressé en *minute* et non en *brevet*. (Voir les travaux préparatoires. Rapport supplémentaire de M. Cordelet.)

B) *Une inscription*

**333.** Il ne suffit pas que le nantissement soit valable entre les parties ; il est indispensable qu'on puisse l'opposer aux tiers et pour cela il faut, de toute évidence, que ceux-ci puissent se renseigner sur la situation du commerçant.

D'où la mesure de publicité qui, dans l'esprit du législateur doit atteindre ce but, et qu'on nomme l'*inscription* (1).

Nous savons que l'inscription sur un registre du greffe était déjà de rigueur sous la législation de 1898 ; il convient de nous demander si véritablement ce mode de publicité est suffisant aujourd'hui.

**334.** Il était question tout d'abord, lors de l'élaboration des textes nouveaux, de joindre à la formalité que nous venons de rappeler une *insertion* dans les journaux d'annonces légales ; la rédaction précédente de l'article 10 comportait ce supplément de publicité, et si l'on y a renoncé, c'est qu'on craignait avec raison de discréditer le commerçant en publiant encore davantage sa gêne momentanée.

(1) Le droit d'inscription du privilège du créancier nanti est fixé à 0 fr. 05 % par l'art. 34 de la loi de 1909. Ce droit est perçu au moment de l'enregistrement de l'acte de nantissement sur le capital de la créance.

335. M. Authier, dans sa proposition de loi, avait aussi parlé de joindre à l'inscription une affiche à la porte du tribunal de Commerce ; cette affiche, ayant les mêmes inconvénients que la publicité par la voie des journaux, fut écartée pour les mêmes motifs.

**335.** Enfin, il avait été question d'exiger, outre l'inscription , la remise au créancier du titre d'acquisition du fonds et de l'acte de bail, ainsi que la signification au bailleur du contrat de nantissement ; sur le premier point voici quel était l'avis de M. Percerou (1) : « L'obligation de la remise des titres au créancier nanti avait des défenseurs convaincus. Ils se basaient sur ce que, pour lui permettre de réaliser facilement son gage, il était nécessaire qu'il eût entre les mains ces diverses pièces sans lesquelles il ne peut établir l'origine de propriété du fonds, ni dresser régulièrement le cahier des charges. Cette observation n'a pas prévalu. On a fait au système de la remise des titres une objection capitale : il empêche les nantissements successifs avec organisation d'un régime de priorité comme en matière hypothécaire. Le premier créancier, une fois mis en possession des titres, il devient impossible de les remettre ensuite à d'autres prê-

(1) Cité par M. Bouvier-Bangillon, *op. cit.*, p. 124.

teurs... En général, le débiteur ne refusera pas de fournir au créancier, qui veut dresser le cahier des charges, tous les renseignements utiles. En cas de refus, le gagiste, tout au moins en ce qui concerne le bail, peut s'adresser au propriétaire de l'immeuble loué. Et, d'ailleurs, il n'a qu'à se faire donner, au moment où intervient le contrat de nantissement, toutes les indications nécessaires. C'est ainsi que l'on procède en matière d'hypothèques conventionnelles ».

Au sujet de la signification du nantissement au bailleur, certains voulaient l'exiger en se basant sur ce que l'absorption du droit au bail dans le gage diminue incontestablement le pouvoir de disposition du bailleur (1) ; que le débiteur ne peut plus convenir avec ce dernier d'une résiliation de bail au créancier nanti, qu'il faut donc un avertissement direct et spécial au propriétaire. Mais on pouvait répondre à cela qu'il n'est pas aisé de voir pourquoi on ferait au bailleur une situation spéciale et distincte de celle des autres.

L'inscription requise par l'article 10 paragraphe 2 est donc nécessaire et suffisante pour garantir la conservation du privilège du créancier gagiste, elle doit être prise au greffe du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.

(1) *Id*...

**336.** Nous avons dit, au début de ce travail, que sous la législation de 1898 il n'existait pas de délai pour accomplir cette formalité ; il n'en est plus de même aujourd'hui, et depuis la loi de 1901 (1) l'inscription doit être prise à peine de nullité dans la quinzaine de la date de la signature de l'acte. Ce délai n'est pas franc.

### I. — *Formalités de l'inscription*

**337.** Pour inscrire son privilège, le créancier gagiste doit remettre au greffier ou lui faire présenter par un tiers :

1° L'un des originaux de l'acte de nantissement, s'il est sous-seing-privé, qui devra rester au greffe (2) ;

2° L'expédition de cet acte s'il est authentique ;

3° Deux bordereaux sur papier libre, portant exactement les mentions énumérées tout à l'heure dans l'acte de nantissement.

Le greffier du Tribunal de Commerce, après avoir transcrit sur son registre les indications contenues dans les bordereaux, doit rendre au déposant l'une

(1) Article 11.

(2) Cela sous peine de nullité (confer : Loi du 10 juillet 1885 sur l'inscription maritime, art. 8). Car l'officier public qui pourra être appelé à procéder à la vente forcée du fonds doit pouvoir établir facilement l'origine de propriété. En ce sens, Montier et Faucon, *op. cit.* p. 153.

des pièces au pied de laquelle il certifiera que l'inscription a été prise et même, dans le cas d'un acte authentique, qu'on lui a présenté une expédition.

Le privilège n'étant conservé par cette inscription que pendant une durée de 5 ans, le créancier gagiste fera bien de prendre ses dispositions pour ne pas laisser passer l'époque du renouvellement.

*a) Inscription du nantissement d'un fonds ayant des succusrales.*

**338.** Il faudra, dans ce cas, autant d'inscriptions qu'il y a de succursales situées dans des ressorts de tribunaux de commerce différents (1).

*b) Inscription du nantissement d'une succursale sans le fonds.*

**339.** Il ne sera pas nécessaire d'effectuer l'inscription au greffe du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel se trouve le fonds principal, si les succursales se trouvent dans des ressorts différents (2).

(1) En ce sens, F. Mouneydier, Paris 1909 : *Vente et nantissement des Fonds de commerce*, p. 47 et suiv.

(2) *Id...* En sens contraire, rapport de M. Percerou précité. Conf. Boutaud et Chabrol précité 1° c. n° 300 ; MM. Montier et Faucon, p. 156.

II. — *Evénements de nature à arrêter le cours des inscriptions avant l'expiration du délai de quinzaine.*

**340.** — Ce sont :

*a*) La vente du fonds (1), à une condition toutefois, c'est que la date soit bien établie par un des modes de preuve du droit commercial (2);

*b*) La faillite ou la liquidation judiciaire du propriétaire du fonds (application de l'article 448 du Code de Commerce par suite de l'article 11, paragraphe 2 de la loi (3).

MM. Montier et Faucon se posent la question de savoir si le décès du débiteur suivi de l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire arrête le cours des inscriptions et s'il faut étendre ici les dispositions de l'article 2164 , paragraphe 2 du Code Civil ; après avoir constaté que d'une part les travaux préparatoires sont muets à cet égard, que d'autre part il n'y a pas eu de décision judiciaire sous la loi de 1898 et que les auteurs sont très divisés sur la question, ils se déclarent

(1) Confer : Matière hypothécaire où l'inscription ne peut être prise après la transcription de l'acte de vente.

(2) V. Montier et Faucon, *op. cit.*, p. 154.

(3) L'inscription prise le jour du jugement déclaratif serait nulle à cause de l'effet rétroactif du jugement (Cassation 16 nov. 1887. D. P., 1888, I, 375. Montier et Faucon, *op. cit.*, p. 154).

partisans de la négative et nous nous rangeons volontiers à leur avis, basé sur cette considération très juridique qu'il ne convient pas d'étendre un texte prononçant des nullités (1)

Sous l'empire de la nouvelle loi, nous venons de le dire, les articles 446, 447 et 448, paragraphe premier du Code de Commerce sont applicables au nantissement de fonds de commerce en vertu des dispositions de l'article 11; ce n'est pas une innovation à proprement parler car, en doctrine comme en jurisprudence, on s'entendait depuis longtemps déjà pour appliquer ces textes à notre matière; il n'est pas nécessaire, croyons-nous, de revenir sur ce que nous avons déjà eu l'occasion de dire à ce sujet (2).

(1) En matière civile, il existe encore une autre cause empêchant la constitution d'une hypothèque : c'est la transcription d'un procès-verbal de saisie immobilière.

Si nous envisageons le cas possible d'une *vente forcée* (après des poursuites de saisie-exécution intentées par un créancier, à la suite d'une sommation de payer faite par un créancier inscrit et demeurée sans effet, après des poursuites ayant pour but la vente séparée des éléments du fonds, après des poursuites tendant à obtenir payement d'une créance du fonds).

Nous pouvons considérer la demande en justice introduite avec l'intention de provoquer la vente aux enchères publiques comme s'opposant à toute nouvelle constitution du fonds en nantissement. (En ce sens : La vente et le nantissement des fonds de commerce. Les lois à la portée de tous. Administration Dalloz, 1909, p. 109).

(2) Rappelons pour mémoire :

Lyon-Caen et Renault, *op. cit*, 3e édit., t. VII, nº 306 ; Dissertat. Ch. Robert. D. P., 1903, II, 171 et suiv. ; Boutault et Chabrol, nos 314 et 315 ; Dreyfous et Maréchal, *op. cit.*, p. 70.

Contentons-nous de dire que :

1° D'après les dispositions de l'article 446, tout nantissement constitué pour dettes anciennes est nul lorsqu'il a été consenti par le débiteur soit depuis l'époque de cessation des paiements soit dans les dix jours qui l'ont précédée ;

2° D'après les dispositions de l'article 447, tout nantissement consenti par le débiteur entre l'époque de cessation des paiements et le jugement déclaratif de faillite *pourra* être annulé si celui qui a traité avec lui connaissait la circonstance de cessation des paiements ;

3° Enfin, aux termes de l'article 448 et par application de ce texte, les nantissements valablement acquis peuvent être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite (1).

### III. — *Formalités relatives aux marques, brevets, etc compris dans le nantissement*

**341.** Les nantissements de cette nature, depuis la loi de 1909, doivent en outre être inscrits à l'office national de la propriété industrielle (2) sur la

(1) Inutile d'insister sur ce fait que le § 2 de l'art. 448 ne saurait être applicable. Il ne peut, en effet, s'écouler plus de 15 jours entre la constitution en nantissement et l'inscription.

(2) Conservatoire national des Arts et Métiers, 292, rue Saint-Martin, Paris.

production du certificat d'inscription délivré par le greffier du Tribunal de Commerce.

Cette inscription doit être faite dans la quinzaine qui suit celle opérée au Tribunal, et cela à peine de nullité, mais seulement en ce qui concerne les brevets, marques, licences, dessins ou modèles.

**342.** Ce sont les articles 7 et 8 du règlement d'administration publique du 28 août 1909 qui déterminent quelles sont les mentions que doivent porter les certificats délivrés par le greffier : *en cas d'inscription et de radiation.*

Art. 7. — Lorsqu'il s'agit de nantissements de fonds de commerce (ou encore ventes et cessions) comprenant des *marques* :

1° Les noms, prénoms, adresse du titulaire de la marque qui doit avoir été au préalable déposée aux termes de la loi du 3 mai 1890 (modifiant celle du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce) ;

2° Le Tribunal de Commerce où l'on a effectué le dépôt ;

3° La date et le numéro du dépôt ;

4° Les produits que la marque distingue ;

5° Les noms, prénoms, adresses du créancier gagiste et du débiteur (ou encore ceux du vendeur et de l'acquéreur).

Lorsqu'il s'agit de nantissements de fonds de commerce (ou encore ventes et cessions) comprenant des *dessins* ou *modèles :*

1° Les nom, prénoms et adresses du propriétaire du dessin ou modèle (préalablement déposés aux termes de l'article 5 de la loi du 14 juillet 1909. *Journal Officiel* du 19 juillet 1909).

2° Le Conseil des Prud'hommes ou, à défaut, le Tribunal qui a reçu le dépôt ;

3° La date et le numéro de ce dépôt ;

4° Les nom, prénoms, adresses du créancier gagiste et du débiteur (ou du vendeur et de l'acquéreur).

Lorsqu'il s'agit de nantissement de fonds de commerce comprenant *des brevets* ou *licences :*

1° Les nom, prénoms, adresses du propriétaire du brevet ;

2° La date du dépôt ;

3° Le titre de l'invention ;

4° Le numéro d'ordre ;

5° Les noms, prénoms et adresses du créancier gagiste et du débiteur.

# APPENDICE

## DISPOSITION TRANSITOIRE

**342.** Nous verrons bientôt que la loi du 17 mars 1909, qui ne devait être exécutoire que six mois après sa promulgation, devint obligatoire beaucoup plus tôt par suite des dispositions de la loi du 1er avril de la même année.

Or il est intéressant pour nous de savoir quelle est la situation des fonds donnés en gage avant le 1er avril 1909 et après le 17 mars, des fonds donnés en gage avant le 17 mars 1909, des fonds donnés en gage après le 1er avril.

### a) *Fonds donnés en gage entre le* 17 *mars et le* 1er *avril* 1909

**343.** L'article 2 de la loi du 1er avril 1909 prescrit :

« Pourront se placer sous le régime de la loi du 17 mars 1909 les vendeurs et les créanciers gagistes dont les contrats seront intervenus entre la promulgation de ladite loi et la promulgation de la présente loi, à la charge d'inscrire leur privilège dans la quinzaine de cette dernière promulgation. »

La signification pratique de cette disposition est la suivante : tous les créanciers nantis qui sous

l'ancien régime jouissaient d'un privilège sur les marchandises du fonds (sauf exclusion) et qui préféreront perdre leur privilège plutôt que de ne pas adhérer à la législation nouvelle n'auront, pour faire connaître leur volonté et perdre leur privilège sur les marchandises, qu'à prendre une inscription dans les quinze jours de la promulgation. C'est dire assez clairement que ce texte n'a guère eu d'utilité et que bien peu de créanciers ont consenti à diminuer leur gage volontairement.

b) *Fonds donnés en gage avant le* 17 *mars* 1909

**344.** Le paragraphe troisième de la disposition transitoire de la loi du 17 mars 1909 dispose :

« Les créanciers gagistes inscrits antérieurement à la promulgation de la loi et dont l'inscription n'énoncera pas ce qui leur est dû en principal et les conditions relatives aux intérêts et à l'exigibilité devront la régulariser en la renouvelant conformément à l'article 24 ou, s'ils le préfèrent, par une mention en marge de l'inscription existante, dans les six mois qui suivront la promulgation de la loi, à défaut de quoi cette inscription ne sera pas opposable aux créanciers qui auront satisfait aux dispositions de la présente loi.

« La durée des inscriptions de nantissement

prises, avant la promulgation de la présente loi, est limitée à cinq années à compter de la promulgation. Elles devront, à peine d'extinction du privilège, être renouvelées avant l'expiration de ce délai. »

Il résulte de ce texte que :

1° Tout d'abord une inscription prise sous l'empire de la loi de 1898 et conforme aux dispositions de l'article 24 (en ce qui regarde le montant en principal de la créance, les stipulations relatives aux intérêts et à l'exigibilité) n'a pas eu besoin de renouvellement ;

2° Toute inscription ancienne rédigée avec d'autres mentions que celles de l'article 24 a dû être renouvelée ou a dû recevoir en marge les corrections que nous venons d'indiquer ;

Le tout, à peine pour l'ancien créancier de se voir primé par des créanciers ayant inscrit leur privilège après lui, mais s'étant conformés aux dispositions de la loi de 1909 (1).

c) *Fonds donnés en gage après le* 1er *avril* 1909

**345.** Ils doivent l'être d'après les règles posées par la loi nouvelle. Ceci ne peut donner lieu à aucune difficulté.

(1) Le privilège des nouveaux créanciers ne portant pas sur les marchandises ne saurait primer celui de l'ancien.

## IV. — *Durée de validité de l'inscription et Renouvellement*

**346**. *Durée de validité de l'inscription.*

« L'inscription conserve le privilège pendant cinq années, à compter du jour de sa date. »

Comme on le voit, la durée de l'inscription n'est ici que de cinq années, non de dix comme dans l'article 11 de la loi du 10 juillet 1885 ou comme dans l'article 2145 du Code Civil ; c'est un principe tout nouveau qui se fait jour, car autrefois il n'en était pas ainsi et sous l'ancienne législation l'inscription conservait indéfiniment le privilège.

L'avantage de cette réforme est considérable car elle met fin aux interminables recherches qu'il fallait entreprendre sur les registres du greffe.

A défaut de renouvellement de l'incription, en temps voulu, celle-ci est *périmée* et avec elle disparaît le privilège lui-même ; ce qui forcera le créancier à obtenir du débiteur une nouvelle constitution.

En dehors de la prescription qui règle la durée d'efficacité de l'inscription, il est incontestable que les dispositions de la législation hypothécaire doivent être observées sur tous les autres points.

C'est ainsi que, d'après les principes généralement admis, le jour où l'inscription est prise ne doit pas

être compris dans le délai, mais en revanche il faut y faire entrer le dernier jour du délai de cinq ans

### b) *Renouvellement de l'inscription*

**347.** Jusqu'au moment où l'inscription a produit son effet légal il est indispensable de la renouveler pour l'empêcher d'être périmée; autrement dit, il n'est plus besoin de renouvellement lorsque le fonds de commerce est converti en argent.

Or, l'effet légal de l'inscription est produit, dans le cas d'une aliénation volontaire, lors du commencement de la procédure de purge ou lorsque le créancier a accepté le prix ; dans l'hypothèse d'une vente forcée au moment de l'adjudication publique (1).

Qu'on le remarque bien, toutes les inscriptions doivent être renouvelées ; aussi bien celles qui ont été prises depuis la loi récente que celles qui remontent à une époque antérieure au 17 mars 1909. Mais toutefois le défaut de renouvellement ne détruit pas le privilège et le créancier pourra toujours prendre une inscription tant que le fonds ne sera pas sorti des mains du débiteur, tant que le privilège du vendeur n'aura pas été inscrit, s'il a été aliéné.

Pour opérer le renouvellement il n'est point nécessaire de présenter encore au greffier l'acte de nan-

(1) En ce sens, Montier et Faucon, *op. cit.*, p. 157.

tissement ; les deux bordereaux dont nous avons parlé suffisent ; c'est du reste ce qui se fait en matière hypothécaire, comme le constate justement M. Cordelet (1).

Mais il importe beaucoup de ne pas changer les énonciations de l'inscription primitive qui doit être reproduite intégralement avec les mentions qui ont pu être apposées en marge ; sauf le cas bien entendu, où il est permis de le faire en vertu des articles 26 et 29, mais, sur la présentation, dans l'hypothèse de l'article 26, d'un acte sous seing privé: dans celle de l'article 29, d'un acte authentique.

**348.** Il nous reste à étudier brièvement un point intéressant : c'est la question de déplacement du fonds prévu par l'article 13 de la loi de 1909.

Le paragraphe premier de cet article dispose que le propriétaire d'un fonds de commerce, grevé du privilège du créancier gagiste (ou de celui du vendeur) ne peut *déplacer* son fonds sans prévenir, au moins quinze jours avant, les créanciers inscrits et leur faire connaître le nouveau siège du fonds, de manière à les mettre en état de conserver leur privilège ; d'après le paragraphe 2 du même, article, ceux-ci doivent, soit dans la quinzaine de la notification, soit dans la quinzaine du jour où ils ont connu le déplacement, faire porter en marge

(1) Rapport *J. O.*, 7 septembre 1907, annexes, p. 12.

de l'inscription le nouveau siège du fonds et même, si ce siège est situé dans un ressort différent, inscrire à sa date le nantissement sur le registre du greffe du nouveau Tribunal (1).

Eh ! bien ce transfert d'inscription ne doit pas être considéré comme un renouvellement et la conséquence de ce principe c'est que le délai de cinq ans continue à courir du jour de l'inscription primitive.

(1) Il ressort des travaux préparatoires (rap. Cordelet, *J. O.*, 7 sept. 1907, annexes p. 11) que la sanction est absolument laissée à l'appréciation des juges ; mais les créances peuvent être rendues exigibles par le fait d'une dépréciation du fonds causée par suite du déplacement.

Les demandes en déchéance devront être introduites devant le Tribunal de commerce de la nouvelle situation du fonds qui devra statuer dans la quinzaine de la première audience.

Le jugement non susceptible d'opposition (mais susceptible d'appel qui, s'il a été interjeté dans la quinzaine de la signification à partie, doit être jugé dans le mois) devra être exécutoire sur minute.

Voici les termes mêmes dont se sert M. Cordelet dans son rapport :

« Le fonds de commerce a une assiette fixe, un point d'attache en quelque sorte : c'est son siège, le lieu où il s'exploite.

« L'indication du siège du fonds, qui sert à l'individualiser, est un élément très important de l'inscription et, si le fonds est déplacé, transporté dans un autre endroit, il y a lieu d'exiger que mention soit faite du nouveau siège dans l'inscription.

« Le propriétaire du fonds devra faire connaître aux créanciers inscrits, quinze jours au moins d'avance, son intention de déplacer le fonds et le nouveau siège qu'il entend lui donner.

« Dans la quinzaine qui suit l'avis, les créanciers inscrits devront faire mentionner en marge de l'inscription existante le nouveau siège du fonds et, si le fonds a été transféré dans un autre ressort, faire reporter à sa date l'inscription primitive, avec l'indication du nouveau siège, sur le registre du tribunal de ce ressort.

« Si le propriétaire du fonds ne s'est pas conformé à cette prescription, les créances deviendront exigibles de plein droit.

« De la situation d'un fonds peut dépendre une grande partie

# APPENDICE

## DISPOSITIONS TRANSITOIRES

**349.** Comme nous l'avons déjà fait plus haut, nous parlerons ici d'abord des inscriptions prises entre le 17 mars et le 1er avril 1909, ensuite de celles

de sa valeur, et son déplacement, surtout s'il a lieu loin de son ancien siège, peut en entraîner la dépréciation ou même la ruine et diminuer ou faire disparaître les sûretés résultant du contrat. Il est donc juste de décider qu'il peut rendre exigibles les créances du vendeur ou des créanciers gagistes, s'il a eu lieu sans leur consentement. Ici, la déchéance du terme est laissée à l'appréciation du tribunal ; il ne faut pas que les créanciers inscrits puissent s'opposer, sans un motif valable, à un déplacement peut-être avantageux ou rendu nécessaire par l'impossibilité de renouveler le bail en cours.

« La déchéance du terme a lieu, au contraire, de plein droit si le propriétaire du fonds n'a pas fait connaître aux créanciers inscrits son intention de déplacer le fonds et ne les a pas mis ainsi à même de remplir les obligations que ce déplacement leur impose. Quelle sera la sanction de ces obligations? la Commission n'a pas cru pouvoir la déterminer ; elle a laissé ce soin aux tribunaux : *ce sera une question de fait et d'appréciation.*

« Quand le déplacement aura eu lieu dans le même ressort, on cherchera si l'absence de la mention du nouveau siège en marge de l'inscription a pu laisser planer un doute sur l'identité du fonds et induire ainsi des tiers en erreur.

« Si le fonds a été transféré dans un autre ressort et si une autre inscription est venue le frapper avant que l'inscription primitive ait été reportée à sa date sur le registre du nouveau ressort, le juge tiendra compte de toutes les circonstances de fait.

« Le premier créancier a-t-il été négligent? a-t-il fait reporter son inscription dans la quinzaine de l'avis ou de la connaissance qu'il a eue du déplacement? Le nouveau créancier avait-il connaissance du premier nantissement? est-ce par suite d'une connivence avec le débiteur qu'il s'est fait consentir un nantissement sur un fonds à peine installé? Il semble que son inscription devra primer l'inscription primitive, même reportée dans la quinzaine, s'il a été de bonne foi. »

qui ont été prises avant le 17 mars et après le 1er avril.

a) *Inscriptions prises entre le 17 mars et le 1er avril 1909*

**350.** Aucun article de la loi de 1909 ne les réglemente; il n'y a pas de bonne raison de les soustraire au droit commun de la loi qui veut que la durée efficace de l'inscription soit de 5 ans.

b) *Inscriptions prises avant le 17 mars*

**351.** Les dispositions transitoires de la loi du 17 mars s'en sont occupé. Leur paragraphe 4 dispose que « la durée des inscriptions de nantissement prises avant la promulgation de la présente loi est limitée à cinq années *à compter de la promulgation.* Elles devront, à peine d'extinction du privilège, être renouvelées avant l'expiration de ce délai ».

c) *Inscriptions prises après le 1er avril*

**352.** Elles doivent être renouvelées au bout de cinq ans.

V.. — *Radiation et réduction de l'inscription*

a) *Radiation*

**353.** Les inscriptions du greffe peuvent être annulées, soit avec le consentement des parties, soit

en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée.

Dans le premier cas, il s'agit d'une *radiation volontaire* par suite de *mainlevée* ; dans le second d'une radiation *forcée.*

Ce sont les articles 29, 30 et 31 de la nouvelle loi qui règlent tout ce qui concerne la radiation des inscriptions.

Avant d'entrer dans les détails, il est intéressant de noter que le principe de la loi de 1909 est *absolument nouveau* et que sous le régime de l'ancienne législation il semblait impossible, comme nous l'avons dit, de contraindre les greffiers à inscrire, en marge des inscriptions, la mention des mainlevées qui leur étaient déclarées ; c'est du reste un emprunt aux articles 2157 et 2158 du Code Civil qui doivent ici trouver leur application chaque fois qu'il s'agira de points secondaires.

**354.** Pour avoir la capacité de consentir la mainlevée des inscriptions il faut pouvoir recevoir le paiement de la créance contre quittance ; mais cette condition ne suffit plus lorsqu'il s'agit de faire opérer une radiation sans qu'il y ait eu paiement : il est indispensable dans ce cas de pouvoir disposer de la créance (1).

(1) Sur ce point, Montier et Faucon, p. 277.

**355.** Le greffier ne peut procéder à la radiation que sur le dépôt d'un acte authentique émanant soit du créancier soit du concessionnaire subrogé et pouvant justifier de ses droits.

**356.** Il peut arriver que le créancier ne puisse ou ne veuille pas consentir la mainlevée; dans ce cas il faudra recourir au Tribunal de Commerce du lieu où l'inscription a été prise (1) et ce n'est que sur la présentation du jugement rendu que le greffier pourra radier l'inscription (art. 30).

La décision sera rendue à la requête de toute personne intéressée : acquéreur du fonds nanti, créancier ayant une inscription postérieure en date, débiteur s'étant libéré. Un seul cas pourra se produire où le tribunal du lieu de l'inscription ne sera pas compétent, c'est celui qui a été prévu par l'article 30 (paragraphe 2) dans lequel il est question d'inscriptions prises dans des ressorts différents et portant sur des succursales; ici le tribunal dans le ressort duquel se trouve le fonds principal pourra seul connaître des difficultés relatives à la radiation (2).

(1) L'ancien art. 28 (projet de la Commission du Sénat) déclarait le Tribunal civil compétent pour connaître des radiations ; l'ancien art. 30 (projet de la Commission du Sénat) appliquait l'art. 63 du Code de commerce ; grâce à l'intervention de M. Vallé c'est le Tribunal de commerce du lieu de l'inscription qui est actuellement compétent.

(2) La dérogation au droit commun n'a lieu qu'au cas *d'action principale* ; jamais lorsqu'il s'agit d'une *demende incidente.*

### b) *Réduction*

**357.** On est en droit de se demander si la loi de 1909 qui réglemente les *radiations* a aussi en vue les *réductions*; ce qu'il y a de certain c'est que pas un seul article ne traite en particulier de la réduction et que c'est incidemment, à propos des droits d'enregistrement, que le mot est employé dans le paragraphe 2 de l'article 35. On ne verrait pas de bonne raison pour la refuser au débiteur qui, ayant payé une fraction de sa dette, a tout avantage à récupérer une partie de son crédit. Dans ce cas il pourrait, d'après nous, l'exiger même en justice.

En serait-il de même en ce qui concerne le fonds; le commerçant aurait-il le droit de contraindre le créancier nanti à réduire son gage ? Nous ne le croyons pas, l'estimation du juge pourrait être arbitraire et rien ne l'autorise à exercer ce rôle d'expert ; en revanche, le créancier aurait toujours la possibilité de réduire volontairement la portée de son privilège (1); il pourrait même y être forcé par le débiteur au cas d'évaluation exagérée de la créance (2).

(1) En ce sens, Montier et Faucon, *op. cit.*, p. 278.

(2) La réduction est constatée comme la radiation par une simple inscription en marge.

## § IV

### Le Privilège du Créancier gagiste

**358.** Après avoir étudié l'inscription qui *conserve* le privilège du créancier nanti, qui rend le nantissement *opposable aux tiers*, il est temps de nous occuper du privilège lui-même qui permet à ce créancier de suivre le fonds entre les mains des divers acquéreurs, de poursuivre sa vente aux enchères publiques et de se faire payer sur le prix préalablement à tous les autres créanciers.

Il importe de remarquer, avant d'aborder les nouvelles questions, que le débiteur continuant à demeurer propriétaire du fonds doit veiller à sa bonne conservation, sous peine de déchéance du terme qui lui est accordé ; qu'il peut comme autrefois vendre tout ce qui doit être vendu mais que cependant l'aliénation des parties essentielles du fonds ne serait pas opposable au gagiste (1).

Un seul cas peut se produire qui est de nature à empêcher la vente des meubles : c'est celui où le créancier gagiste ayant fait au débiteur une som-

(1) L'article 408 du Code pénal ne saurait trouver son application sous le régime de la nouvelle loi où il s'agit d'une véritable hypothèque ; il est impossible de poursuivre le propriétaire qui dissipe sa propre chose. — En ce sens, Moutier et Faucon, *op. cit.*, p. 165.

mation de payer restée infructueuse demande au Tribunal de Commerce d'ordonner la vente huit jours après cette sommation.

Le privilège du créancier gagiste, comme tout autre privilège, comporte, nous venons de le dire, un droit de préférence et un droit de suite ; le plus simple et le plus logique est donc pour nous d'envisager séparément chacun de ces droits et de grouper autour d'eux toutes les réflexions que pourront nous suggérer les textes.

## I. — *Le droit de suite* (généralités)

**359.** L'article 22 dans son paragraphe premier reconnaît expressément au créancier gagiste le droit de suite lorsqu'il dispose que « les privilèges du vendeur et du créancier gagiste suivent le fonds en quelques mains qu'il passe (1) » ; à ce titre il peut compter parmi les plus importants de la loi

(1) Il ne faudrait pas se méprendre sur le sens exact que doit avoir ici le mot *fonds* car le droit de suite pourrait fort bien s'exercer sur certains démembrements du fonds.

Nous pouvons notamment envisager l'hypothèse de la vente séparée d'un élément incorporel. S'il s'agissait, au contraire, d'un élément corporel, le droit de suite ne saurait être exercé (sauf le cas de mauvaise foi de l'acquéreur en vertu de l'art. 2119 du Code civil).

Sur ces points, voir les décisions suivantes : Grenoble, 14 novembre 1900. D. P. 1901, II, 470 ; Trib. Com. Nice, 2 mars 1904, *le Droit*, 24 juin 1904.

nouvelle, car il met fin à d'interminables controverses sur le point de savoir si oui ou non le créancier gagiste a un droit de suite, si oui ou non le tiers acquéreur, en matière de nantissement de fonds de commerce, a le choix entre les divers partis que le Code met à sa disposition lorsqu'il s'agit d'hypothèques : payer, purger ou délaisser.

**360.** Il faut nous rendre exactement compte tout d'abord de l'*objet* du droit de suite, car, si l'article 22 parle de *fonds*, nous n'ignorons pas que les marchandises ne peuvent être données en nantissement ; et dès lors la question qui se pose est celle de savoir si le créancier gagiste, qui n'a aucun droit sur les marchandises, peut néanmoins exercer son droit sur elles comme sur le reste du fonds. La réponse ne nous semble pas douteuse, quoique les textes soient muets, et nous n'hésiterons pas à proclamer que le *fonds* tout entier peut être l'objet du droit de suite de la part du créancier gagiste. Nous nous appuierons pour le dire sur ce fait que l'exclusion des marchandises du nantissement, basée sur des raisons d'ordre pratique, ne signifie pas que cette catégorie de bien soit hors du fonds de commerce ; nous avons vu au contraire qu'elles forment un élément très considérable du fonds et que dès lors rien n'autoriserait leur soustraction de la masse ; en revanche le tiers dépossédé pourrait certaine-

ment réclamer, d'une part le prix d'adjudication des marchandises, d'autre part aussi celui des autres éléments que le privilège n'atteint pas.

**361.** En combinant les prescriptions des articles 16, 22 2, paragraphe 6; 15, paragraphes 7 et 8; 17, paragraphes 1, 2, 3 et 4; on peut se faire une idée de la procédure à suivre pour exercer le droit de suite.

Le créancier devra tout d'abord faire au débiteur et au tiers débiteur une *sommation* de payer le montant de la créance (1); puis, après un *délai de huit jours* (art. 16), il leur donnera *assignation* à comparaître devant le Tribunal de Commerce dans le ressort duquel se trouve le fonds. Dans la quinzaine de la première audience devra être rendu le *jugement ordonnant la vente* et autorisant le créancier à se payer sur le prix. Ce jugement sera signifié à parties. *L'appel du jugement*, qui est suspensif, sera formulé dans la *quinzaine de la signification* et jugé sommairement par la Cour dans le mois; il sera exécutoire sur minute.

Il faudra *faire sommation* au propriétaire du fonds et aux créanciers inscrits antérieurement à la déci-

(1) Il convient de noter à ce propos que le tiers détenteur, qui ne peut opposer *l'exception de discussion* (art. 2170 du C. civ.) sans la permission d'un texte qui fait complètement défaut, pourra toujours faire valoir *l'exception de garantie* contre le tiers tenu, envers lui, à la garantie.

sion qui a ordonné la vente, au domicile élu par eux dans leurs inscriptions, quinze jours au moins avant la vente, de prendre communication du cahier des charges, de fournir leurs dires et observations et d'assister à l'adjudication si bon leur semble (art. 17, par. 1er). *Des affiches* seront apposées à la porte principale de l'immeuble et de la mairie de la commune où le fonds est situé, du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel se trouve le fonds et de l'officier public commis ; elles devront être placardées au moins durant 5 *jours* et devront contenir les noms, professions, domiciles du poursuivant et du propriétaire du fonds ; la décision en vertu de laquelle on agit ; une élection de domicile dans le lieu où siège le Tribunal de Commerce dans le ressort duquel s'exploite le fonds ; les divers éléments constitutifs du dit fonds, la nature de ses opérations ; sa situation ; les mises à prix ; les lieu jour et heure de l'adjudication ; les nom et domicile de l'officier public commis et dépositaire du cahier des charges. Elles devront enfin être *insérées*, au moins *dix jours avant la vente*, dans un journal de la localité (cette publicité sera constatée par une mention faite dans le procès-verbal de vente).

*Pendant deux jours* les tiers auront le droit de produire des moyens de nullité à l'encontre de la procédure de vente antérieure à l'adjudication, devant le président des référés, cela à peine de

déchéance s'il ne s'écoule au moins un *délai de huit jours* avant la vente. Enfin la *vente* aura lieu sans surenchère et de deux choses l'une dans ce cas : ou bien le fonds ne trouve pas d'acquéreur ou il ne s'en présente que pour l'un des éléments du fonds ; le créancier peut toujours obtenir la vente sur baisse de mise à prix.

Nous savons qu'en matière hypothécaire le tiers détenteur peut choisir entre les trois moyens que la loi met à sa disposition : il peut payer, délaisser ou purger.

A. *Le tiers détenteur peut payer.*

**362.** C'est pour lui le moyen le plus simple de se libérer de toutes poursuites ; il n'a qu'à payer son prix au créancier inscrit qui le menace de réalisation forcée.

B. *Le tiers détenteur ne peut délaisser.*

**363.** Car il faudrait un texte formel pour l'autoriser à le faire ; il pourrait cependant s'appuyer sur l'article 15 (par. 5) pour obtenir du Tribunal la nomination d'un administrateur provisoire.

C. *Le tiers détenteur peut purger.*

*a*) Généralités :

**364.** Cela ressort avec évidence de l'article 22 qui organise cette purge d'après les règles suivantes :

Tout d'abord le paragraphe premier de cet article fait allusion à ce fait que la vente aux enchères publiques vaut purge des créances inscrites (1) ; entourée des précautions multiples de l'article 17, elle a pour but de faire atteindre au fonds sa valeur maxima, et toute procédure de purge deviendrait superflue après elle.

Immédiatement après avoir posé ce principe, il faut nous demander qui peut recourir à la purge, quelles sont les conditions à remplir, quelle est la procédure à suivre pour y arriver, autant de problèmes que nous nous efforcerons de résoudre.

Il est à remarquer que les textes dont nous nous occupons en ce moment constituent, comme nous l'avons dit, une véritable innovation au regard de la loi du 1er mars 1898 ; tant en doctrine qu'en jurisprudence on ne savait pas exactement si oui ou non l'on devait reconnaître au créancier nanti un droit de suite (2) ; aujourd'hui le doute n'étant plus permis il est très utile pour nous de déterminer qui peut recourir à la purge et de quelle façon.

(1) Ce principe est une dérogation à la règle de droit commun en matière hypothécaire d'après laquelle les ventes judiciaires, sauf le cas où elles sont suivies d'une surenchère et exception faite pour l'adjudication sur saisie immobilière, ne purgent pas, par elles-mêmes, les hypothèques. MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (3e édit., t. III, n° 25-29) admettent la même solution pour la vente judiciaire des navires.

(2) Pour mémoire rappelons : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, 3e édit., t. I, n° 81 ; Whal, Dissertat, cit. S. 1901, II, 156 : *Contre le droit de suite.* Boutaud et Chabrol, *op. cit*, n° 338 ; Courbis, *op. cit.*, p. 153 et suiv. : *Pour le droit de suite.*

D'après les règles du droit commun pour pouvoir purger il faut :

1° Etre acquéreur ;

2° N'être pas obligé personnellement au paiement de la dette. La première de ces conditions s'explique à merveille puisque la purge, dans la pensée du législateur, est à coup sûr destinée à encourager l'aliénation des fonds qui, comme le font très bien remarquer MM. Montier et Faucon (1), « était devenue très périlleuse sous le régime de la loi du 1er mars 1898 »; par suite, il est de toute évidence que l'individu qui constitue sur son fonds un nantissement pour sûreté de la dette d'autrui ne peut pas payer. En revanche l'acquéreur, qu'il soit à titre onéreux où à titre gratuit, peut purger.

Il ne suffit pas d'être acquéreur, il faut de plus n'être pas obligé personnellement au paiement de la dette : c'est une application pure et simple du droit commun (2) ; l'acquéreur d'un fonds grevé du privilège d'un créancier inscrit ne peut se libérer qu'en payant sa dette, il ne saurait offrir un paiement anticipé ni à fortiori un paiement partiel.

Par suite, le débiteur principal, son codébiteur, leurs héritiers ou autres successeurs universels (3)

(1) Montier et Faucon, *op. cit.*, p. 214.

(2) En ce sens Bouvier-Bangillon, *op. cit.*, p. 104, n° 240.

(3) Donataires ou légataires universels.

ne peuvent purger ; c'est la conclusion logique de ce que nous avons dit plus haut.

*b*) Procédure.

Quoi qu'il en soit, le tiers détenteur qui est décidé à payer le fonds qu'il a entre les mains, soit qu'il ait été atteint par la sommation de payer (et à la condition de le faire dans la quinzaine de cette sommation) (1), soit qu'il désire la prévenir devra *notifier* à tous les créanciers inscrits :

1° Les nom, prénoms et domicile du vendeur (2) ; la désignation précise du fonds ; le prix, *non compris le matériel et les marchandises*, ou l'évaluation du fonds, en cas de transmission à titre gratuit, par voie d'échange ou de reprise, sans fixation de prix, en vertu de convention de mariage ; les charges, les frais et loyaux coûts exposés par l'acquéreur ;

2° Un tableau sur trois colonnes contenant : la

(1) A peine de déchéance du droit de purger (art. 22, § 2).

A ce propos, nous remarquons la différence de rédaction qui existe entre les articles 16 et 22. L'article 16 dit, en effet, que le créancier gagiste peut « faire ordonner la vente du fonds qui constitue son gage *huit jours* après sommation de payer faite au débiteur et au tiers détenteur... demeurée infructueuse » ; l'article 22, au contraire, parle d'un délai de *quinze jours* pour ouvrir la procédure de purge.

Nous estimons avec MM. L. Legrand et J. Dreyfous (*Les Fonds de commerce, Paris* 1909, p. 24-25) « que c'est par inadvertance que, dans l'art. 16, le législateur a assimilé le cas où le fonds est resté entre les mains du débiteur du créancier inscrit et celui où il est devenu la propriété d'une nouvelle personne ».

(2) La législation hypothécaire veut de plus un extrait du titre du nouveau propriétaire.

première, la date des ventes ou nantissements antérieurs et des inscriptions prises ; la seconde, les noms et domiciles des créanciers inscrits ; la troisième, le montant des créances inscrites, avec déclaration qu'il est prêt à acquitter, sur-le-champ, les dettes inscrites jusqu'à concurrence de son prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles. La notification contiendra élection de domicile dans le ressort du tribunal de commerce de la situation du fonds (art. 22, par. 2).

De deux choses l'une, à la suite de ces notifications qui ont dû être adressées soit aux domiciles élus dans les inscriptions, soit aux domiciles réels (1); ou bien les créanciers acceptent les offres du tiers et dans ce cas ce dernier n'aura qu'à *payer* où à *consigner* la somme offerte, ou bien ils les trouvent insuffisantes et doivent surenchérir dans les formes que nous allons indiquer à l'instant.

D'après les dispositions de l'article 23 (par. 2) les créanciers ont un délai de quinze jours pour se décider dans un sens ou dans l'autre : « Ce délai de quinzaine n'est pas susceptible d'augmentation à raison de la distance entre le domicile élu et le domicile réel des créanciers inscrits » ; de plus il s'agit ici d'un délai *franc* (2).

(1) C. Cass., 26 nov. 1884. S. 86, 1, 63.

(2) En ce sens aussi Montier et Faucon, *op. cit.*, p. 217.

Nous avons dit un peu plus haut, en énumérant les indica-

**367.** 1° *Les créanciers acceptent les offres du tiers détenteur.* — Cette acceptation peut être expresse, tacite (1) ou forcée (2) ; elle devra être suivie d'offres réelles (3) et de consignation, tous les frais de purge étant à la charge du vendeur.

**368.** 2° *Les créanciers veulent surenchérir.* — Lorsque les offres du tiers détenteur ne satisfont pas les créanciers inscrits et que ceux-ci estiment que le prix qui leur est proposé est trop inférieur, ils ont le droit delui signifier (dans la quinzaine) (4) une *réquisition de mise aux enchères publiques*, signée d'eux, qu'ils adressent aussi au débiteur

tions que devaient contenir les notifications, que l'acquéreur devait mentionner le prix, *non compris le matériel et les marchandises* ; ceci pour la bonne raison que le prix ne doit porter que sur « les éléments incorporels du fonds. Les marchandises, en effet, peuvent varier de nature, de nombre ou de quantité et par suite de valeur, dans l'intervalle entre la vente et la revente sur surenchère. Il peut en être de même du matériel ». (Rapport supplémentaire de M. Cordelet).

Ceci ne veut pas dire cependant que les droits de suite existant sur le matériel et les marchandises ne soient pas purgés.

L'adjudicataire est, en effet, contraint de prendre le matériel et les marchandises à dire d'experts ; d'où la conclusion que la purge doit avoir lieu pour ces éléments comme pour les autres. En ce sens : Bouvier-Bangillon, *op. cit.*, p. 106.

(1) Inaction du créancier pendant 15 jours (arg. art. 2186, C. civ.).

(2) Réquisition de surenchère nulle pour vice de formes.

(3) En ce sens : Montier et Faucon, *op. cit.*, p. 218, qui se basent sur ce que la consignation n'est pas « expressément autorisée par la loi ».

(4) Non dans un délai de 45 jours, comme le veut l'article 2185.

précédent propriétaire, avec assignation à comparaître devant le Tribunal de Commerce de la situation du fonds.

Outre l'assignation devant le Tribunal de Commerce, la réquisition doit encore contenir, aux termes de l'article 23, l'offre de porter le prix principal, non compris le matériel et les marchandises, à un dixième en sus et de donner caution (1) pour le paiement des prix et charges, ou de justifier de solvabilité suffisante (nous aurons à parler plus loin des surenchères du 1/10 et du 1/6).

Le Tribunal de Commerce aura pour mission : « d'ordonner qu'il sera procédé à la mise aux enchères publiques du fonds avec le matériel et les marchandises qui en dépendent, et que l'acquéreur surenchéri devra communiquer son titre l'acte et de bail ou de cession de bail à l'officier public commis... « de statuer, en cas de contestation, sur la validité de la surenchère, sur l'admissibilité de la caution ou la solvabilité du surenchérisseur ».

Une fois la réquisition signée et signifiée, le surenchérisseur ne peut plus s'opposer à l'adjudication publique, même en se désistant et en acquittant le montant de la soumission; il lui faut obtenir, pour

(1) Il est probable que le vœu du législateur a été de voir la caution établie par soumission faite au greffe avant l'audience.

cela, le consentement de tous les autres créanciers inscrits, pour ce motif de haute équité que la surenchère faite par lui a pu fort bien empêcher les autres de surenchérir ; tout ce qu'il pourrait faire serait de désintéresser les créanciers inscrits. En attendant la vente il n'est plus qu'un simple administrateur séquestre ; la loi lui permet même, ainsi qu'à tout créancier du reste, de demander au juge des référés la nomination d'un administrateur étranger (art. 23).

Et ce point est des plus intéressants à noter, car ici pas n'est besoin d'une décision judiciaire comme dans le cas normal de l'article 1961 du Code Civil ; l'acquéreur est administrateur sequestre *de droit*, plus que tout autre il est intéressé à conserver le fonds et le législateur s'est montré fort sage à notre avis en prenant cette importante décision, en conservant aussi à l'acquéreur son titre de propriétaire jusqu'à l'adjudication (1).

Si la loi s'est expliquée sur la compétence du *Tribunal de Commerce* appelé à ordonner la mise aux enchères publiques, elle a eu le tort de ne pas désigner l'officier ministériel qui sera chargé de vendre le fonds ; cette omission est grave et engendrera bien des contestations, bien des lenteurs ; il faudra

(1) Il est incontestable, en effet, que la surenchère n'enlève pas à l'acquéreur la propriété.

Voir en ce sens : M. Bouvier-Bangillon, *op. cit.*, p. 3.

évidemment que le Tribunal de Commerce se décide à opérer, si l'une des parties l'exige, comme le faisait autrefois le juge des référés, c'est-à-dire qu'il commette un avoué pour rédiger le cahier des charges qu'on remettra, suivant les cas, au notaire ou au Commissaire-priseur (1).

Le Tribunal de Commerce, nous l'avons vu, devra fixer les mises à prix et déterminer les conditions essentielles de la vente.

Comme nous avons eu l'occasion de le dire il y a un instant, le Tribunal peut autoriser le poursui-

(1) En ce sens, Jean Dreyfous et Albert Legrand, *op. cit.*, p. 31.

Il convient de remarquer ici, et nous le faisons pour mémoire, que le notaire est compétent, d'après la jurisprudence, lorsque l'élément immobilier l'emporte (Rouen, 28 décembre 1904, *Journal du Notariat*, art. 14, 314 ; Clermont, 11 juillet 1906, *id.* art. 15.015 ; Poitiers, 19 janvier 1903, *J. du Notariat*, art. 13.076 ; Rouen, 18 décembre 1904, *J. du Notariat*, art. 14.314 ; Alger, 7 mars 1906, *J. du Notariat*, art. 14.958).

Le commissiare-priseur, lorsque c'est, au contraire, l'élément mobilier (Alger, 7 mars 1906, *Journal du Notariat*, art. 14.958) ; s'il arrivait dans ce cas au notaire, commis à tort, de vendre, il devrait remettre aux commissiares-priseurs leurs honoraires, à la condition toutefois que ceux-ci se soient opposés à son ingérence. (Alger, 7 mars 1906 précité et 25 janvier 1905. *Journal du Notariat*, art. 15.233).

S'il arrivait cependant que les marchandises ne fussent que *l'accessoire* du fonds, tout en faisant partie intégrante avec lui, le notaire, croyons-nous, pourrait procéder à la vente à l'exclusion du commissaire-priseur (Limoges, 17 février 1897 cité par M. Bernus, p. 541).

Sur tous ces points : Bernus : « *De la vente et du nantissement des Fonds de commerce* ». Lyon, 1909, p. 540 et suiv. ; et aussi Lyon, 23 mars 1893, *J. du Notariat*, 7.441 ; Lyon, 6 février 1895 ; *Gaz. du Pal.*, 93, II, 259 ; Limoges, 18 février 1897, *Gaz. du Pal.*, 97, I, 591.

vant, s'il n'y a pas d'autre créancier inscrit ou opposant et sauf prélèvement des frais privilégiés au profit de qui de droit, à toucher le prix directement et sur sa simple quittance, soit de l'adjudicataire, soit de l'officier public vendeur, selon les cas, en déduction ou jusqu'à concurrence de sa créance en principal, intérêts et frais. Il devra statuer dans la quinzaine de la première audience, par jugement non susceptible d'opposition, exécutoire sur minute. L'appel du jugement sera suspensif ; il sera formé dans la quinzaine de sa signification à partie et jugé sommairement par la Cour dans le mois ; l'arrêt sera exécutoire sur minute (art. 15).

Le poursuivant devra faire une sommation au propriétaire du fonds et aux créanciers inscrits antérieurement à la décision qui a ordonné la vente, dans les formes de l'article 17 et comme il a été dit page 257 ; puis des affiches seront apposées aux endroits désignés dans le paragraphe premier de l'article 17 (voir page 257), des insertions seront faites de même, et la vente aura lieu dix jours après dans les formes que nous indiquions précédemment.

Il convient de signaler ici une autre lacune de la loi de 1909 qu'il appartiendra au Tribunal de Commerce de combler ; rien en effet n'indique, dans le cas d'une surenchère du dixième, que l'officier public doive exiger que les enchérisseurs soient sol-

vables ou tout au moins qu'ils effectuent un dépôt ; le législateur, qui a tout réglé dans l'article 5 lorsqu'il s'agit de la surenchère du sixième, a été moins prévoyant dans notre hypothèse et son oubli est fort regrettable.

Quoi qu'il en soit, l'adjudication ayant lieu, il faut étudier ici les divers cas qui pourront se produire suivant qu'elle sera prononcée en faveur du propriétaire, du surenchérisseur ou de toute autre personne.

**369.** Il peut arriver que l'acquéreur se décide à couvrir la surenchère du dixième; sa propriété se trouvera de ce fait consolidée et tout sera dit (1) ; mais très fréquemment les choses ne se passeront pas de la sorte et l'adjudicataire se trouvera être le surenchérisseur (2), le jugement d'adjudication sera translatif de propriété et l'adjudicataire deviendra propriétaire au jour de l'adjudication (3).

L'article 23, dans une disposition dont nous avons déjà eu l'occasion de nous entretenir, lui prescrit de prendre le matériel et les marchandises

(1) Il aura bien entendu un recours contre le vendeur pour le remboursement de ce qui excède le prix stipulé par son titre et pour l'intérêt de cet excédent, à compter du jour de chaque payement (art. 23 *in fine*); encore faut-il qu'il soit acquéreur à titre onéreux (*Donator de victione non tenetur*); dans le cas contraire, il aurait une action *negotiorum gestorum* contre le donateur.

(2) Ou un tiers quelconque.

(3) Les droits de l'acquéreur seront rétroactivement résolus.

à dire d'expert, cette expertise devant avoir lieu contradictoirement entre l'acquéreur surenchéri et son vendeur.

De plus il sera tenu, au delà de son prix d'adjudication, de rembourser à l'acquéreur dépossédé les frais et loyaux coûts de son contrat, ceux des notifications, ceux d'inscription et de publicité et à qui de droit ceux faits pour parvenir à la revente.

**370.** Il faut enfin envisager le cas très rare où, le surenchérisseur ne remplissant pas les conditions du cahier des charges, le fonds sera revendu à sa *folle enchère*; c'est l'article 17 qui d'après la loi (art. 19) devra être appliqué; quoique cet article ne parle pas de jugement, nous estimons avec MM. Montier et Faucon (1) que ce jugement est « indispensable pour fixer les mises à prix, car le parag. 2 de l'article 19 nous dit que le fol enchérisseur sera tenu de la différence entre son prix et celui de la revente. Il sera encore indispensable, en cas de constatations de la part du fol enchérisseur, qui pourra prétendre avoir rempli ses engagements ou cherchera à obtenir un délai de grâce » (2).

(1) *Op. cit.*, p. 232, nº 250.

(2) La folle enchère peut être poursuivie par tout intéressé.

## APPENDICE

### *Les Surenchères du 1/10 et du 1/6*

**371.** Dans le système de la loi du 17 mars 1909, il y a deux sortes de surenchères : celle du 1/10, dont nous parlons en ce moment et sur laquelle nous reviendrons à propos de la purge des privilèges inscrits, celle du 1/6 dont il peut être utile de dire un mot ici.

Autrefois, les créanciers ne pouvaient se prémunir des ventes à vil prix et des dissimulations qu'en recourant à l'article 1167 du Code Civil qui prescrit que les créanciers « peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits »; mais alors ils devaient prouver la mauvaise foi du vendeur et de l'acheteur, ce qui n'était pas toujours aisé.

D'où la nécessité pour le législateur d'intervenir, d'où la surenchère du sixième.

Elle ne saurait être confondue avec la surenchère des ventes immobilières :

| | |
|---|---|
| Celle-ci peut être exercée par *les créanciers* remplissant les conditions voulues pour enchérir, à la condition qu'il s'agisse d'une *vente judiciaire.* | Celle-là ne peut-être exercée que par les *créanciers inscrits du vendeur* (même chirographaires) à la condition qu'il s'agisse d'une *vente amiable.* |

Elle ne saurait être confondue avec la surenchère du dixième :

La première pouvant être exercée indifféremment par les *créanciers ayant fait opposition* dans le délai de *vingt jours* ou par les créanciers inscrits lorsqu'il *s'agit de vente amiable* et que le *prix est insuffisant* pour désintéresser les créanciers inscrits ou opposants.

La seconde ne pouvant être exercée que par les *créanciers inscrits* dans le délai de *quinze jours* à compter de la notification du tiers détenteur à fin de purge (faite avant la poursuite ou à peine de déchéance, dans la quinzaine de la sommation de payer à lui faite), lorsqu'il s'agit de vente amiable.

*Formalités de la surenchère du sixième*

**372.** Connaissant déjà son but et ses caractères il nous est aisé de comprendre son mécanisme.

Pour qu'elle puisse être exercée, il faut qu'il y ait *vente amiable* et qu'elle soit faite dans les 20 jours (non francs) qui suivent la seconde insertion (toute vente doit être publiée, par une insertion dans un journal d'annonces légales du ressort du Tribunal de Commerce où se trouve le fonds, dans la quinzaine de sa date, puis une deuxième fois entre le huitième et le quinzième jour après la première insertion) ; comme nous venons de le dire

elle est permise aux créanciers du vendeur, inscrits ou opposants, qui pourront consulter l'acte de vente pendant les 20 jours qui suivront la seconde insertion et se rendre ainsi compte si le prix est insuffisant pour les désintéresser (il faut que le montant de toutes les inscriptions réunies soit supérieur au prix de vente) ; elle doit être enfin du sixième du prix de vente des éléments incorporels du fonds (ce prix, de par la loi, doit être distinct du prix des autres éléments).

Voici quelle est la procédure qu'il faudra suivre d'après les dispositions de l'article 5 de la loi de 1909.

1° Pendant les *vingt* jours qui suivent la seconde insertion de l'avis de cession dans un journal d'annonces légales, les créanciers inscrits sur le fonds, ou même les créanciers chirographaires qui ont fait opposition dans les conditions de l'article 3 (dans les dix jours de la deuxième insertion, les créanciers du précédent propriétaire, que leur créance soit ou non exigible, pourront formuler au domicile élu, par simple acte extra-judiciaire, opposition au paiement du prix... Aucun transport amiable ou judiciaire du prix, ou de partie du prix, ne sera opposable aux créanciers qui se seront ainsi fait connaître dans ce délai) pourront consulter sans déplacement, au domicile élu dans l'avis de cession, l'expédition ou l'original de l'acte de vente.

Si le prix ne peut désintéresser tous les créanciers inscrits et les opposants, ceux-ci pourront introduire une surenchère du sixième (il s'agit ici du sixième du prix total du fonds dans le calcul duquel ne doivent entrer ni les marchandises ni le matériel).

2° Cette réquisition de mise aux enchères publiques devra être faite en offrant de porter le prix principal à un sixième en plus (exclusion du matériel et des marchandises); elle devra être signée du créancier inscrit (vendeur ou créancier gagiste) ;

3° Le créancier devra de plus proposer une caution ou justifier d'une solvabilité suffisante dans cette réquisition ;

4° La réquisition devra, à peine de déchéance, être signifiée au tiers acquéreur et au débiteur précédent propriétaire, dans un délai de quinze jours (non susceptible d'augmentation à raison de la distance et non franc) à partir de la notification à fin de purge émanant du tiers détenteur ; elle devra contenir assignation à comparaître devant le Tribunal de Commerce de la situation du fonds. Elle a pour effet de rendre l'acquéreur, entré en possession, administrateur séquestre, ce qui l'empêche d'accomplir d'autres actes que ceux de pure administration.

5° Le surenchérisseur ne pourra plus, sauf avec le consentement de tous les créanciers inscrits, se

désister de la surenchère ; si la nouvelle enchère n'est pas couverte, il sera déclaré adjudicataire et devra prendre, outre le fonds, le matériel et les marchandises (dont le prix sera fixé à dire d'experts) qui existaient lors de la prise de possession.

6° L'adjudicataire sera tenu de rembourser au tiers acquéreur dépossédé : *a*) son prix d'adjudication ; *b*) les frais de notification à fin de purge ; *c*) les frais et loyaux coûts du contrat ; *d*) les frais d'inscription du privilège du vendeur.

7° Il pourra (le tiers détenteur surenchéri devenu adjudicataire)exercer un recours contre le vendeur pour obtenir le remboursement de la somme qui dépasse le prix stipulé et pour l'intérêt de cette somme, à partir du jour de chaque paiement.

8° Enfin, et cela est important à noter, au cas où l'adjudicataire ne pourrait faire honneur aux conditions prévues par le cahier des charges, le fonds serait revendu à sa folle enchère ; il se verrait contraint de payer aux créanciers inscrits une somme représentant la différence qui existe entre son prix et celui de la revente sur folle enchère ; il ne saurait profiter de l'excédent.

*Comme on le voit, la procédure de la surenchère du sixième est identique à celle de la surenchère du dixième.*

Il est curieux de remarquer, en terminant, que le législateur a pris toutes les précautions possibles

pour éviter la multiplication indéfinie des surenchères ; nous nous contenterons de les indiquer d'un mot :

α) Seules les personnes d'une solvabilité certaine peuvent être admises par l'officier public à enchérir, ou celles qui auront consigné une somme égale au moins à la moitié du prix total de la première vente, (égale aussi à la fraction de ce prix qui doit être payée de suite outre la surenchère) ;

β) La surenchère est impossible après « la vente judiciaire d'un fonds de commerce ou la vente poursuivie à la requête d'un syndic de faillite, de liquidateurs et d'administrateurs judiciaires ; ou de copropriétaires indivis du fonds; faite aux enchères publiques et conformément à l'article 17 ». (Art. 5.)

γ) Le créancier surenchérisseur peut éventuellement être déclaré adjudicataire dans le cas où il n'y aurait pas d'enchère ; par suite, il s'expose à tous les remboursements à faire à l'acquéreur dépossédé dont nous parlions précédemment.

9° Enfin si, par suite de la surenchère, l'acquéreur surenchéri se trouve être dépossédé, il devra de toute nécessité, ou bien mentionner au cahier des charges les oppositions dont il a connaissance (art. 5), ou bien les remettre contre récépissé à l'adjudicataire, dans un délai maximum de huit jours après l'adjudication.

### D. — *Purge de l'action résolutoire*

**373.** En droit commun, si l'acheteur ne paye pas le prix stipulé, le vendeur, aux termes de l'article 1654 du Code Civil, a le droit de demander la résolution de la vente car la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement.

Ce principe, qui découle de l'article 1184 du Code Civil, concerne aussi bien les ventes des meubles que les ventes d'immeubles; il est donc tout naturel de trouver dans la loi de 1909 des dispositions qui s'y réfèrent.

L'exercice de l'action résolutoire peut causer aux créanciers de l'acheteur un préjudice analogue à celui du privilège : l'une faisant disparaître la chose, l'autre le prix ; à l'exemple de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, la loi de 1909 (art. 2), a rendu solidaires l'action résolutoire et le privilège (1).

Elle ne peut (l'action résolutoire), dit l'article 2 de la loi nouvelle, être exercée au préjudice des tiers

(1) Nous pouvons faire ressortir ici une différence importante avec l'action résolutoire de droit commun : c'est que l'action résolutoire du vendeur d'un fonds de commerce doit être expressément mentionnée dans l'inscription du privilège du vendeur.

Sur ce point vide : A. Bouvier-Bangillon, *op. cit.*, p. 50-51.

après l'extinction du privilège. Elle est limitée, comme le privilège, aux seuls éléments qui font partie de la vente.

Si donc, pour une raison ou pour l'autre, le vendeur laisse disparaître son privilège (1), tout en conservant l'action contre l'acquéreur, il ne pourra plus obtenir la résolution lorsque des tiers seront en possession du fonds. De la sorte on évitera les surprises, car le tiers acquéreur de bonne, foi avant d'acheter, ou tout au moins avant de payer, sera toujours dans la possibilité de se renseigner sur l'existence d'un danger d'éviction.

Disons ici, quoique l'étude de l'action résolutoire ne fasse point partie du programme que nous nous sommes tracé, que cette dernière ne saurait exister :

1° En l'absence d'un acte écrit (car le vendeur d'après la loi de 1909 ne peut jouir du privilège et que l'action résolutoire suit le sort de ce privilège) ;

2° En l'absence d'une inscription (du privilège ce qui a les mêmes conséquences au point de vue de l'action résolutoire) ;

3° En l'absence d'une mention expresse dans le bordereau d'inscription (car le privilège n'est pas lié à l'action résolutoire et peut très bien exister sans elle).

(1) Défaut d'inscription dans la quinzaine de la vente, par exemple.

Ces quelques notions, quoique sommaires, nous semblent suffisantes, mais aussi nécessaires pour l'intelligence du sujet que nous étudions ici; elles permettent de mieux comprendre l'importance qu'il y a, pour le créancier inscrit, à se prémunir contre les dangers pouvant résulter pour lui de l'action résolutoire du vendeur.

L'exercice de cette dernière a pour effet, nous le savons, d'anéantir tous les droits réels consentis par l'acquéreur sur le fonds, celui-ci faisant retour au vendeur indemne de toute charge. Le créancier qui a obtenu un nantissement se voit donc dépouillé du gage sur lequel il avait le droit de compter et cette perte ne trouve pas à coup sûr sa compensation dans le droit que garde l'inscrit de faire valoir son droit de préférence sur les acomptes qu'a pu recevoir le vendeur et qu'il est obligé de restituer (1).

Il est donc juste de permettre au créancier gagiste d'intervenir dans la procédure pour empê-

(1) Il ne faut pas oublier, en effet, que si, sous le régime de la loi de 1909, les éléments du fonds, éléments incorporels, matériel, marchandises, sont *distinctement* grevés du privilège et que si, par suite, le privilège et l'action résolutoire, portant sur l'un de ces éléments, ne peuvent se trouver éteints pour une cause quelconque tandis que le privilège continue à grever encore les autres éléments, il n'en reste pas moins vrai qu'en cas de résolution de la vente le vendeur doit reprendre *tous* les éléments, même ceux *qui ont été payés* et sur lesquels il n'a plus de privilège; ceci afin de ne pas démembrer le fonds. Il arrivera donc fréquemment qu'il ait des *acomptes* à restituer.

cher que la résolution ne soit effectuée en fraude de ses droits ; il est tout naturel aussi que, dans ce but, il soit informé des intentions du vendeur impayé et qu'il ait le temps matériel de prendre ses dispositions.

Telle est la raison d'être du paragraphe 4 de l'article 2 qui prescrit, d'une part, que le vendeur exerçant l'action résolutoire doit la *notifier* aux créanciers inscrits sur le fonds, au domicile par eux élu dans leurs inscriptions, et d'autre part, que le jugement ne peut être rendu qu'après un mois écoulé depuis la notification.

Durant ce mois, les créanciers pourront intervenir, soit pour mettre fin aux causes de la résolution, soit pour contester les droits du vendeur (1).

Il est important de faire remarquer à ce propos que les notifications doivent être faites non seulement en cas de résolution *judiciaire*, mais aussi dans l'hypothèse où elle a été *consentie* par l'acheteur dans l'acte de vente ou postérieurement à cet acte (2).

**374.** Ceci dit, il nous faut étudier brièvement

(1) En prouvant par exemple l'extinction de l'action.

(2) Il serait prudent de consigner la somme offerte au vendeur pour le désintéresser, afin que ce dernier ne puisse prétendre que l'on intervient trop tard. En ce sens : MM. Montier et Faucon p. 187.

comment peut s'opérer la purge de l'action résolutoire du fonds de commerce ; dans quels cas aussi elle peut avoir lieu.

La réponse est des plus simples ; elle est encore dictée par l'article 2.

Tout d'abord, il convient de noter que cette purge n'est autorisée par la loi (art. 2, parag. 7) que lorsque la « vente est *poursuivie aux enchères publiques*, soit à la requête d'un syndic de faillite, de tous les liquidateurs ou administrateurs judiciaires, soit judiciairement à la requête de tout autre ayant droit ; dans ce cas le poursuivant doit la notifier aux précédents vendeurs, au domicile élu dans leurs inscriptions, avec déclaration que, faute par eux d'intenter l'action résolutoire dans le mois de la notification, ils seront déchus, à l'égard de l'adjudicataire du droit de l'exercer ».

Ce qui exclut bien entendu les cas de vente amiable et de vente aux enchères publiques volontaire.

En résumé, la purge de l'action résolutoire pourra s'effectuer , dans les conditions que nous venons de signaler, aux cas de réalisation normale du gage, de poursuites d'un mandataire de justice (ce dernier devra notifier l'ordonnance ou le jugement qui lui donne le droit de poursuivre), enfin de surenchère du dixième.

### e) *Conflits de privilèges*

**375.** Le créancier inscrit jouit d'un privilège, c'est ce que nous venons de voir ; reste à savoir si certains autres privilèges ne lui sont point préférables. Quoi qu'il ne nous soit guère possible d'envisager tous les cas qui pourront se produire, nous allons indiquer les situations les plus fréquentes et nous les solutionnerons de notre mieux en étudiant successivement :

1° Le concours des créanciers inscrits (nantis) ;

2° Le concours du créancier nanti et du vendeur de matériel non payé ;

3° Celui du créancier nanti et du bailleur d'immeuble ;

4° Celui du créancier nanti et des privilèges généraux ;

5° Celui du créancier nanti (du chef de l'acheteur) et du vendeur du fonds ;

6° Celui du créancier nanti et du trésor (1).

(1) Sur ces points : J. Dreyfous et A. Legrand, *op. cit.*, p. 65 ; E. Monneydier : *Vente et nantissement des Fonds de commerce*, p. 98 ; Bouvier-Bangillon, *op. cit.*, p. 175 et suiv. ; Montier et Faucon, *op. cit.*, p. 235 et suiv. ; Bernus, *op. cit*, § 57, 135, 235 ; M. Percerou, rapport à la Société d'Études législatives, *jam. cit.*

1°. — *Le concours des créanciers nantis.*

**376.** C'est l'article 12 qui nous répond sur ce point en disposant que « le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence ».

Nous avons déjà eu l'occasion de faire remarquer la similitude des termes de l'article 12 avec ceux de l'article 2147 du Code Civil, qui dit que « tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand cette différence serait marquée par le conservateur ».

Il est du reste assez clair par lui-même pour qu'on puisse se dispenser de le commenter.

2°. — *Le concours du créancier nanti et du vendeur de matériel non payé*

**377.** Nous ne parlons pas du conflit de même nature qui pouvait s'élever autrefois avec le vendeur de marchandises puisque celles-ci sont exclues du fonds et qu'il ne peut plus se produire. Voici quelle est l'hypothèse que nous devons envisager.

Le vendeur de matériel qui n'a pas été payé a

un privilège sur ce matériel ; le créancier nanti du fait de son inscription a également un privilège ; quel est celui des deux qui doit primer l'autre ?

Les auteurs se mettent généralement d'accord (1) pour donner la préférence au créancier nanti ; mais ils ne s'appuient pas tous sur les mêmes arguments ; certains même (2) subordonnent la question de préférence du créancier nanti à sa bonne ou à sa mauvaise foi par extension de l'article 2102, 4°, du Code Civil, où il est dit que est privilégié sur certains meubles :

« Le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débiteur ; soit qu'il ait acheté à terme ou sans terme... le privilège du vendeur ne s'exerce toutefois qu'après celui du propriétaire de la maison ou de la ferme, à moins qu'il ne soit prouvé que le propriétaire avait connaissance que les meubles et autres objets garnissant sa maison ou sa ferme n'appartenaient pas au locataire ».

Nous estimons pour notre part que la règle « en fait de meubles... » de l'article 2259 sur laquelle est basée, lorsqu'il s'agit de meubles, l'alternative de bonne ou de mauvaise foi, ne saurait être prise en considération dans notre hypothèse.

(1) Voir rapport de M. Percerou, précité ; Bouvier-Bangillon, *op. cit.*, p. 175.

(2) M. Percerou, par exemple, *op. et loc. cit.*

S'il s'agit effectivement de meubles, ces meubles s'absorbent dans le fonds de commerce, c'est-à-dire dans un tout susceptible d'un droit de suite par une permission spéciale du législateur (1).

Le créancier nanti doit donc toujours être préféré au vendeur de matériel non payé (par analogie avec l'article 2102, 4° du Code Civil), qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, pour la raison que nous venons d'indiquer en premier lieu, pour celle aussi qui résulte de ce fait qu'il est très difficile, sinon impossible, de savoir quand le créancier nanti est de bonne ou de mauvaise foi (2).

### 3°. — *Le concours du créancier nanti et du bailleur l'immeuble*

**378.** La question qui se pose est somme toute celle de savoir si le propriétaire, dans tous les cas, primera le créancier nanti ; le problème est loin d'être résolu et les avis sont très partagés.

D'une part, en effet, la majorité des auteurs reconnaissent que le propriétaire doit primer le créancier lorsque le bail est antérieur au nantis-

(1) Alors que « meubles n'ont pas de suite ... » En ce sens : Bouvier-Bangillon, *op. et loc. cit.*

(2) En principe, il lui suffit, pour être de bonne foi, de connaître la publicité que prescrit la loi pour les privilèges sur un fonds de commerce.

sement (1) ; d'autre part, certains donnent au contraire la préférence au créancier nanti (2) ; les premiers (3) voyant une grande similitude entre le privilège du bailleur et celui du créancier nanti, qui l'un et l'autre se basent sur le gage, prétendent que c'est la date qui doit fixer l'ordre des préférences ; les seconds nient cette similitude en affirmant qu'il ne s'agit pas de gage mais bien d'hypothèque mobilière et que par suite on doit préférer le créancier au bailleur.

Nous ne suivrons point ces derniers sur un terrain qui nous paraît glissant ; si nous nous sommes en effet plu à reconnaître que le nantissement des fonds de commerce constitue plus une hypothèque qu'un gage, nous avons maintes fois remarqué par contre que nulle part le législateur ne s'était expliqué sur ce point et que par suite il serait téméraire de vouloir tirer des conclusions d'une grande probabilité qui, malgré tout, n'est pas une absolue certitude.

Nous nous rallierons donc à l'ancienne école pour déclarer avec elle que la préférence doit être donnée au créancier nanti, lorsque le bail est antérieur au nantissement

(1) Montier et Faucon, *op. cit.*, p. 240. Rapport Percerou, précité.

(2) Bouvier-Bangillon, *op et loc. cit.*

(3) Comme M. Percerou, *op. et loc. cit.*

Mais il peut arriver que le bail ait une date plus récente que le nantissement du fonds de commerce; il faudra dans ce cas soigneusement distinguer l'hypothèse d'un bail se rattachant directement à l'ancien (tacite reconduction ou continuation prévue dans le bail primitif) de celle d'un bail nouveau ; le privilège appartenant au propriétaire bailleur d'immeuble, dans la première espèce, devra primer celui du créancier nanti ; dans la seconde, il serait au contraire primé par ce dernier (1).

### 4°. — *Concours du privilège du créancier nanti avec les privilèges généraux de l'article* 2101

**379.** Les privilèges généraux dont parle l'article 2101 sont : les frais de justice ; les frais funéraires ; depuis la loi du 30 novembre 1892 les frais quelconques de la dernière maladie, quelle qu'en ait été la terminaison concurremment entre ceux à qui ils sont dus ; les salaires des gens de service, pour l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante ; les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille ; depuis la loi du 9 avril 1898, la créance de la victime de l'accident du travail ou de ses ayants droits relative aux frais médicaux, phar-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 68.

maceutiques et funéraires, ainsi qu'aux indemnités allouées à la suite de l'incapacité temporel de travail.

Nous savons que l'ordre d'énumération de ces créances est voulu et que le rang des privilèges est celui-là même que nous indiquons ; il n'y a pas de raison pour écarter la méthode adoptée en cette matière et, du reste, il faut bien le reconnaître, rien ne saurait être plus logique que de faire passer avant la créance du créancier nanti les privilèges de créances dont il a profité (frais de justice faits pour la vente du fonds, salaires des gens de service... attachés à l'exploitation) (1).

### 5. — *Concours du créancier nanti (du chef de l'acheteur et du vendeur du fonds*

**380.** « L'inscription (du privilège du vendeur), dit l'article 2 parag. 1 de la loi de 1909, doit être prise à peine de nullité dans la quinzaine de la date de l'acte de vente. Elle prime toute inscription prise dans le même délai du chef de l'acquéreur ; elle est opposable à la faillite et à la liquidation judiciaire de l'acquéreur, ainsi qu'à sa succession bénéficiaire ». La disposition est des plus claires et la conséquence non douteuse : sous l'em-

(1) En ce sens : Rap. de M. Percerou, précité ; Bouvier-Bangillon, p. 176.

pire de la nouvelle législation, toute inscription prise dans les quinze jours de l'acte de vente est primée par celle du vendeur ; mais que doit-il advenir des privilèges inscrits avant la loi du 1er avril 1909 ? nous savons, pour l'avoir déjà dit plus haut , que tout au rebours de la loi nouvelle l'ancienne jurisprudence préférait le créancier nanti et de bonne foi au vendeur (1); or la loi de 1909 a-t-elle oui ou non un effet rétroactif ? La négative ne fait pas de doute, et dès lors il n'y a pas à se préoccuper des inscriptions prises avant la promulgation de la loi du 1er avril ; elles sont régies par les anciens principes.

### 6°. — *Concours des privilèges du créancier nanti et du Trésor*

**381.** L'article 2098 du Code Civil dispose que « le privilège à raison des droits du trésor royal et l'ordre dans lequel il s'exerce sont réglés par les lois qui les concernent. *Le trésor royal ne peut cependant obtenir de privilège au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers* ».

(1) Trib. com. de la Seine, 6 mai 1905. La loi, 4 juillet 1905 ; Amiens, 8 mai 1906. *Gaz. des Tribunaux*, 17 juillet 1906 ; Cour de Paris, janvier 1908. D. P., 1908, II, 147 ; Cour de Cassat, req. 24 mars 1909. *Gaz. du Pal.*, 30 mars 1909 ; espèces citées dans Montier et Faucon, *op. cit.*, p. 240.

La disposition nous semble des plus claires et nous avouons ne pas comprendre les difficultés d'interprétation qu'a soulevées ce texte d'après lequel les droits du trésor ne sauraient primer ceux du créancier inscrit lorsqu'ils ont leur source dans un fait postérieur à l'inscription du nantissement.

Par droits du trésor, il faut entendre ici les contributions directes et indirectes qui peuvent être dues par le propriétaire ; or il est incontestable que la jurisprudence semble d'accord, avec la majorité de la doctrine, pour déclarer que le privilège du Trésor est préférable à celui du créancier gagiste. Elle se base pour le dire sur ce que le dernier alinéa de l'article précité se rapporte à la promulgation des diverses lois relatives au Trésor, qui ne doivent pas rétroagir au détriment de tiers (1).

Ce dernier sens ne nous semble pas admissible, car, avec un nombre considérable de bons auteurs (2), nous estimons que « le Code Civil n'a aucune force constitutionnelle et ne pouvait décider qu'une loi nouvelle n'aurait pas le droit d'accorder au fisc

(1) Laurent, t. XXIX, n° 320 ; Pont, Privil. et hypot., t. I, n° 29, n° 40 ; Troplong, *op. cit*, t. I, n° 90 ; Guillouard, *op. cit*, t. II, n° 555 ; notamment Cassat. 2 décembre 1862. S. 1863, I, 67.

(2) Aubry et Rau, 5e édit., t. III, § 263 *bis* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, n° 648 ; Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 3146 ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit*, t. VII, n° 8 et 8 *bis* ; Huc. *op. cit.*, t. XIII, pp. 32, 33.

un nouveau privilège dans les conditions qu'il lui plairait d'édicter (1) ».

Nous avons du reste pour nous l'autorité d'un arrêt tout récent de la Cour de Cassation (2).

## II. *Droit de préférence*

**382.** Il ne suffit pas de pouvoir exercer le droit de suite sur le fonds donné en nantissement ; il faut de plus permettre au créancier de se faire payer ce qui lui est dû sur le prix que produit la vente : d'où le droit de préférence.

Le droit de préférence porte sur le prix de vente tout entier, car le gage, comme l'hypothèque, est indivisible (3); il s'appliquerait bien entendu dans

(1) Huc. *op. et loc. cit.*

(2) Cassat. 18 novembre 1908.

(3) Il n'en est pas du tout ainsi pour le privilège du vendeur qui d'après l'art. premier de la loi de 1909 « s'exerce distinctement sur les prix *respectifs* de la vente afférents aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds ». Ce qui peut avoir pour le vendeur les conséquences les plus graves. La loi prescrit, en effet, que l'imputation du prix versé devra se faire d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel, enfin sur le prix des éléments incorporels. Admettons que la somme versée soit suffisante pour payer les marchandises et le matériel, puis que le fonds soit revendu.

Si le prix obtenu pour les éléments incorporels dans cette nouvelle vente est inférieur au prix de vente primitif des mêmes éléments, c'est simplement sur ce dernier prix que pourra s'exercer le privilège du vendeur et par suite il *perdra* la différence entre les deux prix de vente des éléments incorporels. D'où l'obligation pour lui, s'il veut se prémunir contre cette mauvaise clause, de se

les mêmes conditions à l'élément qui aurait été vendu séparément ; il concerne une fraction (ou la totalité) du prix de vente égale à la somme indiquée dans l'inscription plus deux années d'intérêts (1).

**383.** A propos du droit de préférence se pose une dernière question à laquelle nous avons répondu en étudiant la loi de 1898 ; nous avions vu qu'au point de vue du rang des créanciers on observait scrupuleusement la règle *prior tempore potior jure* et que c'était, d'après la majorité des auteurs et des décisions, la date ou l'heure qui déterminait la priorité du privilège.

Eh ! bien la loi de 1909 a tranché toute difficulté en décidant que « le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs ins-

faire consentir un nantissement sur le fonds vendu, de manière à pouvoir exercer, le cas échéant, à la fois le privilège du vendeur et celui du créancier gagiste.

(1) La question des intérêts garantis par le privilège du créancier gagiste est assez intéressante pour nous autoriser à insister quelque peu sur la genèse du principe que nous venons d'indiquer.

L'ancien article 15 du projet Cordelet portait : « Elle (l'inscription) garantit, au même rang que le principal, *une* année d'intérêt et l'année courante », dès le 25 janvier 1907 (*J. O.*, sess. ord. 1907. — Séance du 25 janvier. anu. 14) lors du rapport fait à la Chambre, au nom de la Commission chargée d'examiner la proposition de loi, l'inscription garantit *deux* années d'intérêt (art. 26). Ce texte fut conservé et devint l'article 28 (paragraphe 2) de la loi de 1909. — Sous le régime de la loi de 1898, ou plutôt sous celui de la jurisprudence, tous les intérêts non atteints par la prescription étaient conservés par l'inscription, à titre d'accessoires, à la condition qu'ils aient été indiqués dans l'inscription.

criptions. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence ». On ne se préoccupera donc plus de savoir lequel des deux créanciers le premier a pris inscription dans la même journée et par suite, ici encore, c'est le principe adopté par la législation hypothécaire qui triomphe.

## § V

### La Réalisation du Fonds de Commerce

#### I. *La vente en bloc et la vente d'un ou plusieurs éléments isolés*

A) *Vente en bloc.*

**384.** Nous venons de voir que le créancier inscrit non payé avait, sur le fonds de commerce, un droit de suite qui lui permettait de le suivre entre les mains du tiers acquéreur, de le faire vendre et de se faire payer, par préférence, sur le prix.

Or il peut arriver, et le cas se présentera fréquemment dans la pratique, que le fonds, au lieu d'être passé entre les mains d'un tiers, se trouve encore en la possession du débiteur ; comment alors l'inscrit devra-t-il s'y prendre pour réaliser son gage et obtenir le paiement de sa créance ?

Tout d'abord il est un principe qui domine toute la matière de la réalisation du fonds, c'est

que le créancier gagiste n'a pas « le droit de se faire attribuer le fonds en payement et jusqu'à due concurrence ».

Le deuxième paragraphe de l'article 8 qui édicte cette prohibition a une importance capitale qui ne peut échapper à personne. Jusqu'ici en effet le gage, quel qu'il fût, était régi quant à sa réalisation par l'article 2078 du Code Civil qui prescrit que « le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage, sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en payement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères... » Or ce texte n'est plus applicable et nous pouvons approuver la nouvelle disposition en constatant avec M. Cordelet (1) que si cette façon d'agir « peut se comprendre lorsqu'il s'agit d'un gage de peu d'importance, en la possession du créancier et dont il est facile d'apprécier la valeur, il n'en est pas de même d'un fonds de commerce, dont la valeur peut être considérable et dont l'attribution au créancier gagiste après expertise ne présente pas, pour les divers intérêts en cause, autant de garanties que la vente aux enchères publiques (2) ».

(1) Rapport précité.

(2) Nous pouvons remarquer ici que déjà l'article 93 du Code de commerce ne reconnaissait comme mode de réalisation du gage commercial que la vente publique.

385. Il n'y a donc qu'un moyen pour le créancier d'arriver à la réalisation du gage; c'est de recourir à une vente publique.

Pour ce faire, il devra tout d'abord adresser au débiteur une sommation de payer en lui laissant un délai de huitaine pour s'exécuter ; en cas d'inefficacité de la sommation il pourra demander au Tribunal de Commerce dans le ressort duquel s'exploite le fonds de fixer, par un jugement (qui devra être rendu dans la quinzaine de la première audience), les mises à prix et les conditions principales de la vente ; de commettre aussi l'officier public qui devra dresser le cahier des charges. Le reste de la procédure ayant été indiqué plus haut, nous jugeons inutile d'y revenir maintenant.

B) *Vente d'un ou de plusieurs éléments*

**386.** Nous savons que d'après les articles 2092 et 2093 du Code Civil les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, qu'il s'agisse de biens mobiliers ou immobiliers, de créanciers chirographaires, hypothécaires ou privilégiés.

Par application de ce principe il peut arriver que des créanciers chirographaires munis d'un titre exécutoire (1) opèrent une saisie-exécution sur

(1) Acte de nantissement, acte de vente, jugement. Si le créancier chirogrophaire a besoin d'un titre exécutoire il n'en est pas de même du créancier inscrit qui peut toujours procéder en vertu d'un acte sous-seing privé.

ce qu'ils peuvent atteindre à l'aide de cette procédure, c'est-à-dire sur le matériel et les marchandises, pour les faire vendre et se payer sur le prix ; ou bien, pour des raisons diverses, un créancier inscrit au lieu de poursuivre la vente du fonds, se contente de demander la vente séparée d'un ou de plusieurs éléments grevés d'inscription : dans l'un et l'autre cas la valeur du fonds se trouvera considérablement dépréciée, car l'on ne peut s'attendre à obtenir des prix dont le total soit égal à la somme que l'on atteindrait en vendant le fonds *in globo*.

**387.** C'est pour ce motif que la loi de 1909 a pris un certain nombre de dispositions dont le but est de remédier, dans la mesure du possible, aux situations qui nous occupent.

Elle a en premier lieu autorisé le créancier poursuivant lui-même à demander au Tribunal de Commerce la vente du fonds *tout entier* ; puis elle a reconnu le même droit au débiteur et au créancier inscrit, l'un et l'autre intéressés à ce que la vente atteigne le prix maximum (voir articles 15-20).

Mais il est indispensable que les créanciers inscrits soient mis au courant de ce qui se passe si l'on veut qu'ils puissent requérir la vente en bloc, d'où la procédure suivante que prescrit l'article 20 :

« Il ne sera procédé à la vente séparée d'un ou de plusieurs éléments d'un fonds de commerce, grevé d'inscriptions, poursuivie soit sur saisie-exécution soit en vertu de la présente loi, que dix jours au plus tôt après la notification de la poursuite aux créanciers qui se seront inscrits, quinze jours au moins avant la notification, au domicile élu par eux dans leurs inscriptions.

Pendant ce délai de dix jours, tout créancier inscrit, que sa créance soit ou non échue, pourra assigner les intéressés devant le Tribunal de Commerce dans le ressort duquel s'exploite le fonds, pour demander qu'il soit procédé à la vente de tous les éléments du fonds, à la requête du poursuivant ou à sa propre requête, dans les termes et conformément aux dispositions des articles 15, 16, 17.

« Le matériel et les marchandises seront vendus en même temps que le fonds sur des mises à prix distinctes, ou moyennant des prix distincts, si le cahier des charges oblige l'adjudicataire à les prendre à dire d'experts.

En résumé il faudra :

1° Une notification aux créanciers inscrits depuis au moins quinze jours ;

2° Un délai de dix jours pendant lequel les autres créanciers inscrits devront assigner les intéressés devant le Tribunal de Commerce.

**387.** La loi n'a oublié qu'une chose, c'est de fixer une sanction pour le cas d'inobservation de ces règles ; c'est donc le droit commun qui devient applicable et les créanciers qui n'ont pas reçu de notification pourront toujours conclure à une condamnation aux dommages-intérêts en se basant sur l'article 1382 du Code Civil (1).

L'article 20 prévoit le cas où certains des éléments du fonds vendu ne sont pas grevés des privilèges inscrits (2) ; dans ce cas, dit l'article, « il y aura lieu à ventilation du prix pour les éléments du fonds non grevés des privilèges inscrits ». Et, qu'on le remarque en passant, cette ventilation, destinée à faciliter la répartition du prix, semble devoir être étendue à toutes les ventes forcées (3) ; elle consiste à distribuer le prix de la vente (provenant des éléments non grevés), entre les éléments du fonds, suivant la valeur de chacun d'eux.

### II. — *Questions de compétence*

**388.** Jusqu'ici et dans le but de simplifier les explications dans une matière particulièrement

(1) MM. Montier et Faucon (*op. cit.*, p. 170) font remarquer avec raison que l'évaluation de ces dommages-intérêts serait souvent très difficile.

(2) Cela pourrait se produire au sujet d'un brevet acquis par le débiteur après l'achat du fonds.

(3) En ce sens : Montier et Faucon, *op. cit.*, p. 228.

compliquée et difficile nous avons admis, avant la loi de 1909, que le Tribunal de Commerce dans le ressort duquel se trouve le fonds est toujours et seul compétent pour ordonner sa vente publique.

C'est le principe que pose l'article 15, c'est la disposition adoptée après bien des tergiversations par la Chambre et le Sénat.

Comme il s'agit ici d'une question très importante et qui a motivé de forts longs débats, il nous semble difficile de ne pas résumer en quelques pages les arguments proposés par les partisans et les détracteurs du système finalement admis.

**389.** Pour bien saisir les données du problème qui se posait au législateur il faut se rappeler les dispositions formulées par trois articles fondamentaux de notre Code de procédure civile : les articles 442, 806 et 807.

D'après le premier :

« Les tribunaux de Commerce ne connaîtront pas de l'exécution de leurs jugements ».

Aux termes du second et du troisième :

« Dans tous les cas d'urgence, ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, il sera procédé ainsi qu'il va être réglé ci-après (art. 807). La demande sera portée à une audience tenue à cet effet par le Président du Tribunal de

première instance, ou par le juge qui le remplace au jour et heure indiqués par le Tribunal.

**390.** D'après ces principes, M. Cordelet disait au Sénat le 25 janvier 1907 en parlant au nom de la troisième Commission d'initiative parlementaire :

« Nous sommes dans une matière qui requiert essentiellement célérité. Le sort du fonds de commerce ne peut pas rester longtemps incertain ; il faut que la décision qui en ordonne la vente intervienne promptement et que la vente ait lieu ensuite à bref délai, pour abréger autant que possible la période pendant laquelle le fonds ne peut que péricliter.

S'inspirant d'une pratique déjà suivie et d'une disposition du projet de revision du Code de procédure, qui autorise le président du Tribunal civil à statuer par voie de référé en matière commerciale, la Commission attribue compétence au juge de référé pour ordonner la vente du fonds de commerce et prescrire les mesures provisoires ou accessoires qui s'y rattachent.

Rappelons ici qu'aux termes de l'article 244 du Code de procédure civile les tribunaux de commerce ne doivent point connaître de l'exécution de leurs jugements et qu'aux termes des articles 806 et suivants du même Code le juge de référé est compétent pour statuer dans tous les cas d'urgence, ou

lorsqu'il s'agit de difficultés relatives à l'exécution d'un titre authentique ou d'un jugement.

Le juge des référés sera compétent pour ordonner la vente si le créancier est porteur d'un titre exécutoire ou s'il agit en vertu d'un acte de vente ou de nantissement du fonds, même sous seing privé.

En dehors de ces deux cas, le Tribunal de Commerce, saisi d'une demande en paiement d'une créance se rattachant à l'exploitation d'un fonds de commerce, pourra, s'il en est requis et s'il prononce une condamnation, ordonner par le même jugement la vente du fonds et les mesures provisoires ou accessoires. Une double procédure serait, en ce cas, inutile et ne pourrait qu'entraîner des lenteurs et des frais frustratoires (art. 16).

Tout créancier, en vertu d'un titre exécutoire, pourra, vingt-quatre heures après le commandement de payer, assigner le débiteur, soit sur le procès-verbal de saisie-exécution s'il a fait saisir les meubles corporels du fonds, soit par exploit distinct contenant constitution d'avoué, devant le président du tribunal civil statuant en état de référé, pour entendre ordonner la vente du fonds. Le juge nommera, s'il y a lieu, un administrateur provisoire, fixera les mises à prix, déterminera les principales conditions de la vente et commettra, pour y procéder, un officier public qui dressera le cahier des charges. »

D'après ces principes, le paragraphe 3 de l'article 14 du projet de la Commission était ainsi libellé :

« Le créancier qui veut exercer cette poursuite (tout créancier en vertu d'un titre exécutoire, le vendeur et le créancier gagiste en vertu d'un acte sous-seing-privé d'après le contexte) assigne le défendeur, soit sur un procès-verbal d'exécution, soit par exploit distinct, avec constitution d'avoué, devant le président ».

**391.** Lors de la première délibération sur le projet de loi (1), M. Vallé demanda qu'on supprimât dans ce paragraphe tout ce qui venait après les mots : « le créancier qui veut exercer cette poursuite assigne le défendeur », et qu'on le remplaçât par ceci : « devant le Tribunal de Commerce dans le ressort duquel s'exploite le fonds pour en entendre ordonner la vente ».

Il faisait observer que, la vente et le nantissement des fonds de commerce étant commerciaux, les contestations qui pouvaient surgir à leur sujet devaient être de la compétence des tribunaux consulaires, même dans le cas où il s'agissait, comme ici, de matière urgente et requérant célérité, puisqu'il est toujours possible, disait-il, d'assigner de jour

(1) Séance du 16 mai 1907 · *J. O.* du 17 mai, p. 632.

à jour et même d'heure à heure devant la juridiction commerciale (1).

Il ajoutait qu'on opposerait en vain à la compétence du Tribunal de Commerce, l'article 442 du Code de procédure civile, d'après lequel ce tribunal ne saurait connaître de l'exécution de ses propres jugements ; puisque ordonner la vente d'un fonds ce n'est pas connaître de l'exécution d'un jugement.

Pour finir, M. Vallé faisait remarquer que, plus que tout autre, le Tribunal de Commerce est compétent pour juger ces questions et que du reste il n'y a pas de raison suffisante de priver les commerçants de juges qu'ils ont eux-mêmes choisis.

**392.** M. Legraud répliqua en développant les arguments suivants :

Il soutient tout d'abord que les Tribunaux de Commerce non seulement ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements, mais sont de plus incompétents lorsqu'il s'agit d'autres titres exécutoires tels que les actes de vente ou de nantissement en la forme authentique.

L'article 93 du Code de Commerce, dit-il, n'attribue pas compétence aux tribunaux consulaires pour ordonner la vente du fonds. Il n'a trait qu'au cas

(1) Art. 17. C. de pr. civ.

d'un gage corporel dont le créancier a la possession , et c'est justement pour ce motif que dans son paragraphe premier il décide, qu'à défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur et au bailleur du gage, s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets remis en gage. Le droit que possède incontestablement le créancier, de faire vendre le gage commercial qu'il détient, découle directement de la loi sans qu'il ait besoin de recourir à une juridiction quelconque ; c'est l'inverse qui se produit dans l'hypothèse d'un gage civil qui ne peut être vendu qu'à la suite d'un jugement (1).

Telle est la signification de l'article 93 et, par suite, les demandes en mainlevée de saisie-arrêt ou de saisie-exécution sont de la compétence des tribunaux civils.

M. Legrand insiste ensuite sur ce que la loi du 10 juillet 1885, relative à l'hypothèque maritime dispose qu'en cas de saisie du navire donné en gage, celui qui saisit doit assigner le propriétaire devant la juridiction civile pour obtenir la vente du bien saisi.

Il doit en être ainsi encore lorsqu'il est question de surenchère (art. 12).

(1) Art. 2078, C. civ.

Chaque fois qu'il s'agit d'*exécution* le président du tribunal civil est compétent, dit-il, parce que c'est le propre du juge de référé de trancher les questions qui réclament l'urgence.

Or il est incontestable que la réalisation du gage constitue une mesure d'exécution.

De plus, la procédure de référé, qui est extrêmement rapide, est également très peu onéreuse; il est douteux, ajoute le rapporteur, que les frais soient moindres encore devant le Tribunal de Commerce; il faudra dans les deux hypothèses un minimum de formalités telles que la confection du cahier des charges et l'impression des affiches et en outre il sera le plus souvent nécessaire de recourir à des intermédiaires qui réclameront des honoraires supérieurs à ceux des officiers ministériels.

Malgré la logique et la compétence de M. Legrand ce fut l'amendement Vallé qui l'emporta ; il fut adopté sous la forme suivante :

« Le créancier qui veut exercer cette poursuite, assigne le défendeur devant le Tribunal de Commerce dans le ressort duquel s'exploite le fonds, pour en entendre ordonner la vente ».

**393.** Puis on renvoya le projet de loi à la Commission afin de subir les changements que nécessitait l'admission de l'amendement Vallé.

Le texte une fois remanié et soutenu en deuxième délibération par M. Legrand était ainsi conçu :

« Tout créancier qui exerce des poursuites de saisie-exécution et le débiteur contre lequel elles sont exercées peuvent demander en référé, selon les prescriptions des articles 806 et suivants du Code de procédure civile, la vente du fonds de commerce du saisi avec le matériel et les marchandises qui en dépendent.

Sur la demande du créancier poursuivant, le juge de référé de la situation du fonds ordonne, qu'à défaut de payement dans le délai imparti au débiteur, la vente du fonds aura lieu à la requête dudit créancier, après l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 17 de la présente loi.

Il en sera de même si, sur le référé introduit par le débiteur, le créancier demande à poursuivre la vente du fonds.

S'il ne le demande pas, le juge de référé fixe le délai dans lequel la vente du fonds devra avoir lieu à la requête du débiteur, suivant les formalités édictées par l'article 17 ci-après, et il ordonne que, faute par le débiteur d'avoir fait procéder à la vente dans ledit délai, les poursuites de saisie-exécution seront reprises et continuées sur les derniers errements.

Il nomme, s'il y a lieu, un administrateur pro-

visoire du fonds, fixe les mises à prix, détermine les conditions principales de la vente, commet pour y procéder l'officier public qui dresse le cahier des charges ; il statue sur les dépens et règle, par la même ordonnance, ou, à défaut, par ordonnance sur requête, la publicité extraordinaire lorsqu'elle est utile.

Il peut, par la décision rendue, autoriser le poursuivant, s'il n'y a pas d'autre créancier inscrit ou opposant , et sauf prélèvement des frais privilégiés au profit de qui de droit, à toucher le prix directement et sur sa simple quittance, soit de l'adjudicataire, soit de l'officier public vendeur, selon les cas, en déduction ou jusqu'à concurrence de sa créance en principal, intérêts et frais.

L'appel de l'ordonnance est suspensif ; il est jugé sommairement par la cour dans le mois. L'ordonnance et l'arrêt sont exécutoires sur minute (1) ».

**394.** M. Vallée ne se tint point pour satisfait ; il ne voulut pas admettre qu'on pût maintenir la compétence du juge des référés (2).

(1) Rapport supplémentaire de M. Cordelet, *J. O.* du 5 janv. 1908, annexe p. 52.

(2) Du reste M. Vallé n'était que l'interprète des doléances du commerce tout entier contre le principe soutenu par la Commisison. Voici, au hasard, l'intéressant passage d'un discours de M. Henri Decroix, vice-président de la Chambre de Commerce de Lille (séance du 10 mai 1907) :

« Loin de trouver une diminution de délai dans la procédure

La Commission s'appuyait sur les articles 442 et 806 du Code de procédure ; M. Vallé, en deuxième

nouvelle, nous n'y rencontrons que des formalités compliquées, moins expéditives, moins simples et plus coûteuses. Voyons, en effet, quelles sont les obligations qu'elle impose au créancier.

« Il peut, vingt-quatre heures après le commandement de payer, poursuivre la vente du fonds de son débiteur ; s'il est créancier gagiste inscrit sur le fonds, ce même droit lui appartient huit jours après une sommation de payer demeurée infructueuse.

« Puis il assigne le défendeur, soit sur procès-verbal d'exécution, soit par exploit distinct, avec constitution d'avoué devant le Tribunal civil de l'arrondissement où s'exploite le fonds.

« Le juge nomme, s'il y a lieu, un administrateur provisoire dudit fonds, fixe les mises à prix, détermine les conditions principales de la vente, commet pour y procéder un officier public qui dresse le cahier des charges et donne enfin les autorisations voulues pour la distribution des fonds.

« Combien plus simple et plus rapide est la disposition de l'art. 93 du Code de commerce, qui permet au créancier de faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage huit jours après une simple signification faite au débiteur !

« Et l'obligation d'une constitution d'avoué n'aura-t-elle pas pour conséquence d'élever encore les frais de la procédure ?

« La vente d'un fonds de commerce constitue un acte de commerce : « Il serait difficile, lisons-nous dans un ouvrage qui fait autorité (Lyon-Caen et Renault, *Précis de Droit commercial*, p. 125) de trouver une opération plus empreinte de commercialité et rentrant davantage dans les aptitudes des tribunaux de commerce. »

« Sous quel prétexte, s'il en est saisi, dessaisir ceux-ci et créer une procédure de nature à reculer et à compliquer la solution des affaires et à augmenter les frais au détriment des parties en cause.

« Il nous semble que nul ne soit mieux qualifié pour connaître de ces matières que le juge consulaire, que nul ne puisse le faire avec plus de compétence, ni offrir plus de garanties aux intérêts en cause. »

M. Prevet, président de la Chambre de Commerce de Meaux, se prononce dans un sens analogue ; M. le président de la Chambre de Bordeaux (séance du 24 avril 1907) propose à sa Compagnie de compléter une délibération dans les termes suivants :

« Considérant que certains des articles du texte élaboré par la

délibération, battit en brèche ses arguments en faisant ressortir que le principe posé par l'article 442, à savoir l'incompétence des Tribunaux de Commerce en matière d'exécution de leurs jugements, ne s'appliquait pas ici.

En effet, disait-il, on peut toujours créer une procédure nouvelle pour une loi nouvelle; « il arrivera même souvent que le créancier muni du titre exécutoire aura dans la main autre chose qu'un juge-

Commission sénatoriale chargée d'examiner la proposition de loi de M. Cordelet, sur la vente et le nantissement des fonds de commerce, impliquent le dessaisissement du Tribunal de commerce pour des litiges de sa compétence et pour la solution...

La Chambre,

« Considérant que certains des articles du texte élaboré par la Commission sénatoriale chargée d'examiner la proposition de loi de M. Cordelet sur la vente et le nantissement des fonds de commerce, impliquent le dessaisissement du Tribunal de commerce pour des litiges de sa compétence et pour la solution desquels il semble, au contraire, particulièrement désigné ;

« Que notamment, en ce qui concerne la réalisation du gage, l'article 14 dispose que le créancier poursuivant doit porter son action devant le Président du Tribunal civil de l'arrondissement et établit toute une procédure compliquée accompagnée de constitution d'avoué et forcément onéreuse, sinon lente ;

« Que ces formalités ne semblent présenter aucun avantage sur le régime légal actuel ;

« Qu'aucune raison décisive n'apparaît qui puisse justifier le dessaisissment du juge consulaire ;

« Confirme l'avis favorable de principe qu'elle a déjà émis au sujet de la proposition de loi dont il s'agit, dans sa délibération du 20 mars 1907 ;

« Demande la simplification des formalités de procédure inscrites dans le projet de la Commission ; demande, dans tous les cas, le maintien aux Tribunaux de commerce de leur compétence actuelle pour toutes les questions concernant la réalisation du gage commercial. »

ment du Tribunal de Commerce, un acte authentique, une ouverture de crédit; et s'il poursuit en vertu de ces titres, le principe de l'article 442 n'aura rien à voir en pareil cas.

Mais voici mieux: le Tribunal de Commerce, dit-on, ne peut pas connaître de l'exécution de son jugement. Qu'on m'explique alors pourquoi, quand le créancier s'adresse au Tribunal de Commerce pour avoir un titre, ce Tribunal de Commerce devient subitement compétent pour connaître de l'exécution de son jugement, puisqu'il peut, *ipso facto*, ordonner la vente du fonds du débiteur... ».

L'article 806 pas plus que l'article 442 ne trouve ici son application, dit encore M. Vallé; il a pour but de permettre au juge de référé de statuer provisoirement sur les constatations provoquées par un jugement ou un titre exécutoire, mais la vente d'un fonds de commerce ne saurait tout de même pas être assimilée à une mesure provisoire !

Un autre point sur lequel M. Vallé n'est pas d'accord avec la Commission, c'est la signification du paragraphe 5 de l'article 15; il est dit, dans cet article, que le juge de référé pourra nommer un administrateur du fonds; la question est de savoir qui sera administrateur.

Si ce n'est pas un syndic, ce sera évidemment quelqu'un d'accrédité auprès du Tribunal civil : « Or, pendant qu'il remplira son mandat, ne pourra-

t-il pas arriver qu'un créancier mécontent, ou usant simplement de ses droits, fasse prononcer la faillite ? Il sera alors nommé un syndic et voilà deux mandataires de justice qui se trouveront occupés concurremment à la même besogne, avec cette différence que l'administrateur n'aura pas eu, pour opérer sa réalisation, les pouvoirs spéciaux d'un syndic et que, lorsque l'affaire passera au syndic, il n'y aura peut-être plus rien à réaliser ».

**395.** C'est M. Legrand qui, comme nous le disions plus haut, eut à soutenir les arguments et le texte de la Commission ; malgré tous ses efforts ce fut l'amendement Vallé qui eut le dessus (1).

*Pour nous résumer* d'un mot au point de vue exclusivement pratique, c'est donc le Tribunal de Commerce dans le ressort duquel se trouve le fonds qui est compétent, *sauf un cas*, celui qui a été prévu par l'article 18 et d'après lequel « le tribunal de commerce (quelconque), saisi de la *demande en paiement d'une créance se rattachant à l'exploitation d'un fonds* de commerce peut, s'il prononce une condamnation et si le créancier le requiert, ordonner par le même jugement la vente du fonds... (2) ».

(1) Séance du 6 mars 1908. *J. O.* du 7 mars, p. 303, Sénat. Cet amendement est devenu l'article 15 de la loi de 1909.

(2) En fait, ce texte sera rarement appliqué ; le Tribunal n'ayant presque jamais entre les mains les renseignements nécessaires donnera vraisemblablement dans la plupart des cas commission rogatoire au Tribunal de la situation du fonds.

De plus, le Tribunal de Commerce sera toujours compétent à l'exclusion de la juridiction civile, *sauf un autre cas* dont s'occupe l'article 17 qui dispose « qu'il sera statué, s'il y a lieu, sur les moyens de nullité de la procédure de vente *antérieure à l'adjudication*, et sur les dépens, par le président du Tribunal civil de l'arrondissement où s'exploite le fonds... (1) ».

### III. — *Distribution du prix résultant de la vente d'un fonds de commerce*

**396.** Le fonds ayant été vendu pour un prix donné, il faut nous placer maintenant en présence des divers créanciers qui doivent profiter du prix et nous demander comment se fera la distribution entre les créanciers inscrits et les créanciers chirographaires.

Les diverses situations passées en revue plus haut nous ont montré l'ordre dans lequel ces créanciers devaient être payés, rien de plus simple que de répartir le prix entre eux si tous sont d'accord et s'ils consentent à une distribution par voie amiable; mais il n'en sera pas toujours ainsi et c'est dans cette hypothèse que pourront surgir les difficultés.

(1) Voir p. 315.

**397.** Si nous parcourons les lois du 17 mars et du 1er avril, nous sommes tout d'abord frappés de la pénurie de textes réglementant cette importante matière ; nous ne rencontrons guère qu'une disposition très courte dans l'article 6 sur la distribution amiable, et une autre dans l'article 15 ; la chose est surprenante car il peut s'élever des doutes sur la façon de procéder.

**398.** En droit commun en effet, lorsqu'il s'agit de diviser les deniers provenant de *meubles* vendus entre des créanciers et au prorata de leurs droits, on a recours à la *distribution par contribution* ainsi nommée parce qu'en cas d'insuffisance, chacun des créanciers contribue à la perte commune, à l'exception toutefois des privilégiés (1).

S'agit-il d'*immeubles*, au contraire, le prix devient l'objet d'un *ordre* ; c'est-à-dire d'un procès-verbal qui règle les préférences réclamées par des créanciers hypothécaires.

Or, si le fonds de commerce est un meuble incorporel, il a bien des rapports avec un immeuble (2) et dès lors on est en droit de se demander pourquoi le législateur a gardé le silence sur la procédure de répartition.

(1) Pr. civ., art. 656 et suiv.

(2) En ce sens Bouvier-Bangillon, *op. cit.*, p. 178.

**399.** En observant l'*esprit* de la loi qui est de considérer le fonds comme un meuble incorporel, on arrive sans doute à préconiser la distribution par contribution ; mais ce motif n'est pas déterminant (juridiquement parlant) et l'on peut regretter le laconisme des textes sur un point capital.

Quoiqu'il en soit et puisqu'il faut suppléer ici à l'insuffisance manifeste des dispositions législatives, nous admettrons qu'au cas de non accord entre les créanciers et après l'application de l'article 6 on devra suivre la procédure ordinaire.

En conséquence, à défaut d'entente entre les créanciers pour la distribution amiable du prix, l'acquéreur sera tenu (1), sur la sommation de *tout* créancier et dans la quinzaine suivante, de consigner (2) la portion exigible du prix et le surplus au fur et à mesure de l'exigibilité, à la charge de toutes les oppositions faites entre ses mains ainsi que des inscriptions grevant le fonds et des cessions qui lui ont été notifiées (article 6).

**400.** Puis, suivant les cas, seront compétents, le Tribunal civil ou le Tribunal de Commerce (3),

(1) Sous peine d'y être contraint par le Tribunal de commerce à la requête de tout créancier intéressé après le délai de quinze jours.

(2) A la Caisse des dépôts et consignations à Paris ; dans les chefs-lieux de départements entre les mains du trésorier payeur général ; dans les chefs-lieux d'arrondissement chez les receveurs particuliers des finances.

(3) En ce sens Montier et Faucon, p. 236, *op. cit.*

selon que tous les créanciers inscrits ou certains seulement ont fait « *acte de commerce* (1) ».

Qu'il s'agisse de distribution amiable ou judiciaire, elle devra se faire dans l'ordre qui suit : tout d'abord les créanciers privilégiés généraux de l'article 2101 du Code Civil ; immédiatement après le propriétaire ; puis le précédent vendeur non payé ; enfin les créanciers nantis qui devront primer tous les autres privilégiés de l'article 2102 et les créanciers chirographaires.

## § VI

**Étude spéciale de certains effets du Nantissement au point de vue des droits du propriétaire de l'immeuble et de quelques créanciers chirographaires.**

Nous savons quels sont les effets généraux du nantissement entre les parties contractantes et vis-à-vis

(1) D'après les explications fournies par M. Cordelet dans son rapport (*J. O.*, 7 sept. 1907, annexes p. 8 et suiv.).

« L'acquéreur ne peut être tenu de consigner aussi longtemps qu'une surenchère est possible. La surenchère du sixième doit intervenir dans les vingt jours qui suivent la publication dans le *Journal d'annonces légales* (art. 5, § 2). La surenchère du dixième, lorsqu'il y a des créanciers inscrits, est possible tant que l'acquéreur n'a pas notifié son contrat et pendant la quinzaine qui suit cette notification (art. 23) ; mais les créanciers inscrits peuvent, soit renoncer à surenchérir soit, si leurs créances sont exigibles, contraindre l'acquéreur à notifier la vente, en lui faisant sommation de payer (art. 22). »

des tiers pour les avoir exposés à deux reprises déjà sous l'empire de l'ancienne législation et aussi sous le régime de la loi de 1909 ; nous allons étudier successivement ici ses effets en ce qu'ils limitent les droits du propriétaire de l'immeuble où s'exploite le fonds, en ce qu'ils confèrent certains pouvoirs aux créanciers chirographaires tout particulièrement protégés.

### I. — *A l'égard du propriétaire de l'immeuble*

**402.** Voici quelles sont sur ces points les prescriptions de l'article 14 :

« Le propriétaire qui poursuit la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel s'exploite un fonds de commerce grevé d'inscription, doit notifier sa demande aux créanciers antérieurement inscrits, au domicile élu par eux dans leurs inscriptions. Le jugement ne peut intervenir qu'après un mois écoulé depuis la notification.

« La résiliation amiable du bail ne devient définitive qu'un mois après la notification qui en a été faite aux créanciers inscrits, aux domiciles élus ».

Incontestablement les dispositions de cet article sont exorbitantes du droit commun.

Il est, en effet, toujours loisible à un propriéfaire et à un locataire de s'entendre et de résilier leur bail sans délai, d'un commun accord. D'après

notre article, cette résiliation ne pourra avoir lieu qu'un mois écoulé après une notification adressée aux créanciers antérieurement inscrits !

Il est également toujours permis au propriétaire de poursuivre en justice la résiliation du bail d'un locataire qui refuse de payer : ici encore il lui faudra attendre un mois pour le faire ! D'où un véritable préjudice qui lui fera sans doute perdre, de ce fait, bien des occasions de relever son immeuble.

De plus il est facile de démontrer que cette disposition toute spéciale n'a été insérée dans la loi, ni dans l'intérêt du commerçant, ni dans l'intérêt du créancier gagiste : le premier n'a jamais avantage à expulser un commerçant capable de reprendre la tête de ses affaires, le second ne se trouvera pas en meilleure posture, si on le prévient du fait un mois à l'avance, ce délai étant beaucoup trop court pour lui permettre de tenter quoi que ce soit.

Toutes ces objections furent soulevées au Sénat par M. de Las-Cases (1) qui dut se rendre aux raisons exposées par M. Cordelet.

« Il s'agit, dans cet article, disait M. Cordelet, d'un fonds de commerce grevé d'inscriptions garantissant, soit un privilège de vendeur, soit un nantissement. Il y a là, par conséquent, des créan-

(1) Séance du 2 mars 1909. *J. O.*, 3 mars 1909, p. 165.

ciers d'une nature particulière, qui ont comme une prise sur le fonds, un droit de préférence comme celui des créanciers hypothécaires sur un immeuble, droit éminemment respectable. En quoi la résiliation, soit judiciaire, soit amiable, d'un bail peut-elle leur nuire ? Elle peut leur porter le plus grave préjudice.

« Il y a beaucoup de fonds de commerce, je pourrais presque dire le plus grand nombre, dont la valeur réside surtout dans le droit au bail ; et si on peut permettre au propriétaire et au locataire, peut-être par une collusion contre les créanciers inscrits, de résilier le bail, soit par une sorte de comédie judiciaire, en allant demander la résiliation au tribunal, soit par une résiliation amiable, le droit des créanciers inscrits , de celui qui a vendu le fonds et auquel le prix est dû, ou de celui qui a fourni les capitaux ou les marchandises nécessaires à son exploitation, sera absolument sacrifié. C'est la nécessité de sauvegarder ce droit qui a dicté la disposition de l'art. 14. D'ailleurs, le droit du propriétaire n'est pas atteint par cette disposition. Il reste libre de demander devant le tribunal la résiliation de son bail ; le jour même ou le lendemain il peut dénoncer sa demande aux créanciers inscrits, et un mois seulement s'écoulera avant qu'il puisse obtenir jugement. Si peu intéressant que soit un débiteur qui se présente devant le tribunal pour défendre à

une demande en résiliation de bail, mon collègue reconnaîtra bien qu'il obtiendra du tribunal un délai au moins équivalent à celui de l'art. 14, c'est-à-dire un délai d'un mois. S'il s'agit d'une résiliation amiable, la situation est la même. Le propriétaire pourra se mettre en rapport avec les créanciers inscrits et, sans attendre l'expiration du délai, traiter la question à l'amiable avec eux.

« Pourquoi veut-on que les créanciers inscrits soient ainsi prévenus ? S'il s'agit d'un embarras momentané, qui empêche le propriétaire du fonds d'acquitter son loyer, le créancier peut intervenir et payer le loyer. Si, au contraire, la situation est telle qu'il doive en résulter une sorte de liquidation et peut-être une vente du fonds, le créancier inscrit, prévenu, pourra chercher un acquéreur du fonds qui continuera le bail ; en un mot, il aura le moyen de garantir ses intérêts et son droit sur le fonds qui est aussi respectable que le droit du propriétaire.

« Quant aux délais qui résulteraient de l'application de l'art. 14, lorsque le tribunal sera saisi d'une demande et qu'il aura la justification que les véritables intéressés, — c'est-à-dire les créanciers inscrits sur le fonds — ont été prévenus, qu'ils ont été mis à même d'intervenir, soit pour payer le propriétaire de l'immeuble, soit pour chercher un acquéreur qui prendra la suite du bail, il n'accordera

pas de délai supérieur à un mois, alors qu'il arrive aujourd'hui très souvent, je crois — et notre honorable collègue semblait le reconnaître lui-même tout à l'heure — que, dans une instance en résiliation de bail, le débiteur obtient des délais beaucoup plus longs. Avec l'art. 14, quand les créanciers prévenus n'interviendront pas, ces délais seront presque toujours réduits à un mois ».

Reste à savoir quelle serait la sanction s'il arrivait au propriétaire de ne pas observer scrupuleusement les dispositions de l'article 14 ?

**403.** A notre avis l'article 1382 trouverait ici son application en raison du dommage éprouvé par le demandeur, ce dommage devant être évalué par le tribunal et prouvé par le créancier.

### II. — *A l'égard des créanciers chirographaires*

**404.** Nous avons l'intention de parler ici de l'un des trois cas de déchéance du terme que prévoit l'article 13 (1) dans son paragraphe 4 d'après lequel :

(1) Ces trois cas spéciaux sont :

1° Le déplacement du fonds sans le consentement des créanciers inscrits ;

2° Le déplacement du siège du fonds sans le consentement des créanciers inscrits ;

3° L'inscription du nantissement sur le fonds.

« L'inscription d'un nantissement peut également rendre exigibles les créances antérieures ayant pour cause l'exploitation du fonds. »

Il s'agit, à n'en point douter, de *toutes les créances* ayant pour cause l'exploitation du fonds, par conséquent même de celles de créanciers chirographaires ; écoutons les explications que donnait sur ce point M. Cordelet :

« Une autre question se pose : les créanciers chirographaires doivent-ils rester désarmés, en dehors de l'application des articles 446 et 447 du Code de Commerce, devant la survenance d'un nantissement qui diminue le gage sur lequel ils ont dû compter ?

La Commission n'a pas pensé qu'il y eut lieu de porter le nantissement à la connaissance des tiers par une autre voie que l'inscription, par exemple par une publication dans un journal d'annonces légales, ni de reconnaître aux créanciers antérieurs un droit d'opposition qui rendrait le nantissement sans effet vis-à-vis d'eux.

Le législateur de 1885 ne l'a pas fait pour l'hypothèque des navires.

L'interdiction de comprendre les marchandises dans le nantissement d'un fonds de commerce enlève à la question beaucoup de son importance. Toutefois, la Commission a cru devoir donner aux tribunaux le droit d'apprécier si le nantissement

consenti par le débiteur, met en péril les intérêts des simples créanciers chirographaires et doit rendre leurs créances exigibles.

Cette éventualité rendra le débiteur plus circonspect dans le recours à ce moyen de crédit. »

Mais, qu'on le remarque bien, il n'y a rien ici d'obligatoire : « l'inscription... peut... » dit la loi, ce qui ouvre au Tribunal de Commerce la porte des appréciations.

Il sera donc prudent pour le créancier chirographaire contractant, d'insérer dans l'acte qu'il pourra passer avec son acheteur, une clause spéciale, imposant l'exigibilité de la créance, pour le cas où le fonds viendrait à être nanti.

Il faudrait appliquer dans ce cas la procédure de l'article 15, mais la demande en déchéance pourrait être introduite à un moment quelconque, la loi ne fixant aucun délai pour le faire (1).

« Le Tribunal de Commerce statuera dans la quinzaine de la première audience, par jugement non susceptible d'opposition, exécutoire sur minute.

L'appel du jugement sera suspensif ; il sera formé dans la quinzaine de sa signification à partie et jugé sommairement par la Cour dans le mois ; l'arrêt sera exécutoire sur minute (2). »

(1) V. sur ces points : J. Dreyfous et Albert Legrand, *op. cit.*, p. 66, et aussi Montier et Faucon, *op. cit.*, pp. 170-171.

(2) Parag. 8 de l'article 15

## § VII

### Responsabilité et Fonctions nouvelles des Greffiers des Tribunaux de Commerce

**405.** Sous le régime de la législation de 1898 de graves discussions s'étaient élevées, on s'en rappelle, pour déterminer le rôle des greffiers dans l'application de la loi de 1898 ; car si cette dernière ordonnait que « tout nantissement d'un fonds de commerce fut inscrit sur un registre public tenu au greffe du Tribunal de Commerce » elle se gardait bien de prévoir ni la radiation ni la réduction des inscriptions.

La Cour de Nancy (1) avait reconnu cette conséquence d'une loi insuffisante et dangereuse pour le crédit du commerçant et dès lors le législateur seul pouvait combler les fâcheuses lacunes de l'article 2075 du Code Civil.

Du reste on ne pouvait non plus s'entendre sur les émoluments à accorder aux greffiers; ceux-ci, de par la loi, étaient tenus d'avoir un registre d'inscription, d'y mentionner les nantissements, mais ils ne pouvaient prétendre à aucune rétribution de ce chef, ou du moins la question était encore des plus controversées.

(1) Cour de Nancy, 26 octobre 1901 précité.

**406.** C'est à la loi de 1909 qu'incombait la mission de réparer les oublis et les négligences de celle de 1898 ; nous allons voir brièvement ce qu'elle a fait dans ce sens tout en évitant de nous étendre outre mesure sur les points de détail qui seraient trop exorbitants du cadre que nous nous sommes tracés.

Aujourd'hui, le greffier du Tribunal consulaire est devenu le conservateur attitré des hypothèques mobilières, en face du conservateur des hypothèques immobilières ; ses attributions ont été soigneusement réglementées tant par le législateur lui-même que par les circulaires du Garde des Sceaux du 24 mars 1909, du 3 avril de la même année et par le règlement d'administration publique du 28 août 1909 (1).

Nous allons tâcher de grouper les explications que comporte notre sujet autour des quelques idées suivantes :

1° Responsabilité des greffiers ;

2° Devoir des greffiers ;

3° Émoluments des greffiers.

### I. — *Responsabilité des greffiers*

**407.** Elle est déterminée par l'article 33 de la loi de 1909 qui dispose :

(1) *J. O.* du 31 août 1909.

« Dans aucun cas, les greffiers ne peuvent refuser ni retarder les inscriptions, ni la délivrance des états ou certificats requis.

« Ils sont responsables de l'omission sur leurs registres des inscriptions requises en leur greffe, et du défaut de mention dans leurs états ou certificats d'une ou plusieurs inscriptions existantes, à moins, dans ce dernier cas, que l'erreur ne provienne de désignations insuffisantes qui ne pourraient leur être imputées ».

Cet article prévoit donc deux cas :

1° L'*omission* des *inscriptions* sur les registres et l'absence des *mentions* en marge des *états* ou *certificats* ;

2° *Le refus* de faire des inscriptions, de délivrer des états ou certificats ; ou même le simple retard apporté dans ces inscriptions ou délivrances.

**408.** Le greffier doit donc inscrire les nantissements et en fournir des états ou certificats, il doit insérer des mentions lorsqu'il en est requis et nous pourrions ajouter qu'il doit *fidèlement* inscrire les nantissements (d'après les bordereaux) et les mentions (1).

(1) Il s'agit ici non de la responsabilité pénale à laquelle peuvent s'exposer les conservateurs des hypothèques (art. 2202 et 2203 du C. civ), mais bien de la responsabilité civile basée sur l'art. 1382.

**409.** Si nous rapprochons de l'article 33 les articles 24, 25, 26, 29, 31, 32, 34, 35 de la loi du 17 mars ; les articles 1, 2, 3, 4 du décret d'administration publique, nous nous apercevons que le greffier doit en outre observer certaines prescriptions spéciales qu'il nous faut étudier ; nous allons le faire en parlant des :

## II. — *Devoirs des greffiers*

### A) *Devoirs relatifs à l'inscription, aux mentions en marge et à la radiation*

a) *Inscriptions.*

**410.** Nous savons déjà en quoi consiste l'inscription du nantissement d'un fonds de commerce ; le créancier gagiste doit représenter au greffier, soit lui-même, soit par un tiers :

1° L'un des originaux de l'acte de nantissement (s'il est sous seing privé ; ou une expédition s'il s'agit d'un acte notarié) ;

2° Deux bordereaux sur papier libre (dont nous connaissons la teneur).

Lorsque l'acte de nantissement est sous seing privé, il doit, aux termes de l'article 24 (parag. 1er), rester en dépôt au greffe et dès lors il appartient

au greffier de vérifier s'il porte les mentions de l'enregistrement.

Quant aux bordereaux qui, d'après l'article 34 (parag. 4) sont exempts de la formalité de l'enregistrement, ils ne doivent pas être trop longs ; les indications de l'article 24 étant largement suffisantes pour identifier le fonds.

Le greffier transcrira l'un des bordereaux sur le *registre d'inscription* dont parlent la circulaire du 24 mars (précitée) et le règlement d'administration publique, il rendra l'autre bordereau au requérant en certifiant au pied de ce dernier qu'il a effectué l'inscription (art. 25).

Il mentionnera sur le *registre d'entrée* (article 1er du règlement d'administration publique) le dépôt de l'acte sous seing privé et détachera du *registre à souche* (prévu par l'article 4 du règlement d'administration publique) le récépissé qu'il remettra audit requérant.

Il peut arriver qu'on se trouve dans l'hypothèse de l'article 24 qui dit que : « les nantissements de fonds qui comprennent des brevets d'invention ou licences, des marques de fabrique, des dessins et modèles, doivent..... être inscrits à l'office national de la propriété industrielle, *sur la production du certificat d'inscription délivré par le greffier du Tribunal de Commerce*, dans la quinzaine qui suivra

cette inscription, à peine de nullité à l'égard des tiers des nantissements en ce qu'ils s'appliquent aux licences, aux marques de fabrique et de commerce, aux dessins et modèles industriels ».

Dans ce cas le greffier devra délivrer un *certificat d'inscription* qui sera présenté au Conservatoire des arts et métiers (1) dans la quinzaine de l'inscription au greffe ; il en serait de même au cas de radiation (art. 29 (2).

**411.** Aux termes du décret d'administration publique du mois d'août 1909, les greffiers doivent avoir, comme nous venons de nous en rendre compte, un certain nombre de registres ; nous ne citerons que ceux qui ont trait au nantissement des fonds de commerce :

1° L'article premier tout d'abord exige un *registre à souche* sur lequel seront mentionnées les *pièces produites* au greffe (titre constitutif du nantissement ou expédition du titre ; bordereaux, etc.), il en est délivré un récépissé au requérant.

2° L'article 2 oblige le greffier à tenir un registre destiné à recevoir les inscriptions de privilège résultant du nantissement.

(1) 292, rue Saint-Martin, Paris.

(2) Pour les mentions que doit contenir le certificat, voir l'article 7 du règlement d'administration publique du 20 août 1909.

3° L'article 3 prévoit la confection d'un autre registre sur lequel on devra constater le *dépôt* des *actes sous seing privé* de nantissement.

4° Enfin les déclarations de créance faites au greffe, en exécution de l'article 7 de la loi du 17 mars 1909, seront également inscrites sur un *registre à souche*, complété par un répertoire alphabétique des noms des débiteurs (art. 4, décret d'administration publique).

Tous ces registres doivent être signés par premier et dernier feuillet, côtés et paraphés par le président du Tribunal, enfin arrêté chaque jour ; les prescriptions de détail relatives à leur disposition et à leur rédaction sont tellement nombreuses que nous ne pouvons que renvoyer aux textes précités ; cette pléthore de formalités est à coup sûr l'un des griefs les plus sérieux qu'on puisse avoir contre la loi nouvelle qui investit les greffiers de fonctions très difficiles et qui leur impose une lourde responsabilité (1).

**412.** Pour être complets, il nous faut transcrire ici les dispositions de l'article 6 du décret, assez claires par elles-mêmes pour se passer de commentaire, elles visent :

1° Les actes de nantissement inscrits entre la

(1) Les registres doivent être vérifiés chaque année par le Président du Tribunal et porter la mention de cette vérification.

date de la promulgation de la loi du 17 mars et celle de la publication du règlement ;

2° Le dépôt des actes sous seing privé et les déclarations de créances faites antérieurement au décret et non mentionnés sur les registres du greffe : « Les registres, dit l'article 6, sur lesquels les privilèges résultant des actes de vente ou de nantissement ont été, entre la date de la promulgation de la loi du 17 mars 1909 et celle de la publication du présent règlement inscrits en exécution des articles 1 et 10 de la loi précitée ; doivent mentionner, en marge ou à la suite de ces inscriptions, les antériorités, subrogations et radiations et contenir à la fin un répertoire alphabétique des noms des débiteurs ou vendeurs.

En ce qui concerne le dépôt des actes sous seing privé de vente ou de nantissement prescrit par l'article 24 de la loi du 17 mars 1909 et les déclarations des créances prévues par l'article 7 de la même loi qui, antérieurement à la publication du présent décret, n'ont pas été mentionnés sur des registres tenus au greffe, les greffiers sont autorisés à ne pas effectuer ces mentions sur des registres conformes aux prescriptions des articles 3 et 4 qui précèdent ; mais ils doivent conserver aux minutes du greffe, par ordre de date et de numéro d'entrée, et cotés et paraphés par le président du tribunal, les actes sous seing privé de vente ou de nantissement et

ceux constatant les déclarations de créance. Un répertoire alphabétique des noms des débiteurs ou vendeurs est dressé et annexé à ces actes ».

**413.** Il ne suffit pas, pour que la publicité soit suffisante, d'inscrire les nantissements au greffe; il faut que les tiers puissent exactement connaître ces nantissements et c'est dans ce but que l'article 32 de la loi du 17 mars dispose que :

« Les greffiers des Tribunaux de Commerce sont tenus de délivrer à tous ceux qui le requièrent, soit l'état des inscriptions existantes avec les mentions d'antériorité, de radiations partielles et de subrogations partielles ou totales, soit un certificat qu'il n'en existe aucune ou simplement que le fonds est grevé (1). »

Le greffier devra exiger une réquisition *par écrit* de délivrance d'états d'inscriptions (2); il devra fournir des certificats conformes à ces réquisitions, en ce sens que, si on ne lui demande que des renseignements touchant l'existence ou la non existence d'inscriptions, il ne devra répondre que sur ces points là.

(1) Conf. art. 2196 C. civ.

Conf. art. 16 loi du 10 juillet 1895 sur l'hypothèque maritime.

(2) *Inst. gen.*, 17 janvier 1841 et 27 avril 1841.

b) *Mentions en marge et radiation.*

**414.** Elles sont prévues par l'article 26 de la loi de 1909 qui précise que : « le greffier mentionne en marge des inscriptions les antériorités, les subrogations et radiations totales ou partielles dont il lui est justifié.

« Les *antériorités* et les *subrogations* pourront résulter d'actes sous seing privé dûment enregistrés ».

Du moment que l'acte de nantissement peut être sous seing privé il est tout naturel que les autériorités et les subrogations le soient aussi et le deuxième paragraphe de l'article 26 ne nous semble pas bien nécessaire ; il n'en est pas de même pour l'article 29 qui traite de *la radiation des inscriptions* et d'après lequel :

**415.** « Les inscriptions sont rayées, soit du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, soit en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée.

« A défaut de jugement, la radiation totale ou partielle ne peut être opérée par le greffier que sur le dépôt d'un acte authentique de consentement à la radiation donné par le créancier ou son cessionnaire régulièrement subrogé et justifiant de ses droits... »

On sait, en effet, que sous le régime de la loi de 1898, les greffiers ne pouvaient être contraints, dans le silence des textes, à mentionner les mainlevées (1) en marge des inscriptions, ni même de les recevoir, et que cette lacune d'une législation, par trop sommaire et insuffisante, rendait la condition des constituants impossible puisqu'ils voyaient leur immeuble grevé de nantissement à perpétuité vis-à-vis des tiers.

Aujourd'hui les choses ont bien changé, grâce à la loi de 1909 qui s'est inspirée des articles 2157 et 2158 du Code Civil.

Le greffier est *tenu* de rayer les inscriptions à la requête des intéressés ; il ne peut refuser la radiation sauf pour incapacité des parties (2) qui doivent *déposer* au greffe une expédition de l'acte de consentement à la radiation ; si les parties ne donnaient pas leur consentement spontané, un jugement passé en force de chose jugée serait indispensable (3).

(1) Nancy, 26 oct. 1901. D. P. 1903, II, 169 précité.

(2) Nous savons déjà ce qu'il faut entendre par là.

(3) Citons ici la très intéressante remarque que fait M. Bouvier-Bangillon à ce sujet (*op. cit.*, pp. 37, 8) :

« On peut se demander si c'est intentionnellement et pour établir une différence avec le droit commun des radiations que la loi nouvelle parle de « jugement passé en force de chose jugée » et non de « *jugement en dernier ressort* ou passé en force de chose jugée » (art. 2157, C. civ., art. 14 de la loi de 1885).

« Voici le sens de cette question. Un jugement en dernier ressort, c'est le jugement qui n'est pas susceptible d'appel. Quand

Mais ce jugement ne sera pas toujours rendu par le même tribunal ; la radiation (refusée par le créancier) est-elle demandée par voie d'action principale, l'action sera portée devant *le tribunal de*

un jugement est-il passé en force de chose jugée? Normalement, un jugement a force de chose jugée seulement s'il est irrévocable. Un jugement qui a force de chose jugée ne peut plus être ni rétracté, ni réformé. « Dans le langage de la loi cependant, disent Garsonnet et César Bru (*Précis de procédure civile*, n° 655), un jugement a force de chose jugée dès qu'il n'est plus attaquable par une voie de recours ordinaire, les voies de recours extraordinaires fussent-elles encore ouvertes contre lui. » Évidemment c'est dans ce sens qu'il faut entendre l'art. 2157 C. civ. La radiation prononcée par un jugement qui n'est pas susceptible ou qui n'est plus susceptibles de voies de recours ordinaires doit être exécutée par le conservateur des hypothèques quand bien même ce jugement serait susceptible d'être attaqué ou serait même attaqué par une voie de recours extraordinaire, requête civile ou pourvoi en cassation. Le rapprochement des termes : *jugement en dernier ressort* ou *passé en force de chose jugée*, prouve que *le jugement passé en force de chose jugée* est ici le jugement qui ne peut être attaqué par une voie de recours ordinaire. Ne pourrait-on pas prétendre que la loi nouvelle montre qu'elle entend prendre le *jugement passé en force de chose jugée* dans le sens de jugement irrévocable, ne pouvant être attaqué par aucune voie de recours, même extraordinaire? On y gagnerait de supprimer les difficultés qui se présentent quant à la situation d'un créancier hypothécaire dont l'inscription aurait été rayée en vertu d'un jugement depuis cassé ou rétracté à la suite d'un pourvoi en cassation ou d'une requête civile.

« Je ne crois pas qu'il faille donner cette portée à l'art. 29. Un pareil changement au droit commun des radiations aurait été indiqué dans les travaux préparatoires de la loi. Bien mieux le texte est la reproduction d'un texte délibéré par la Société d'études législatives. M. Percerou, dans son rapport (*loc. cit.*) déclare : « La main-levée sera soumise *aux formes du régime hypothécaire, c'est-à-dire* que la radiation ne pourra être opérée par le greffier qu'en vertu d'un jugement *passé en force de chose jugée...* » C'est donc le maintien du statu quo. Conf. Montier et Faucon, *op. cit.* p. 259.

*commerce du lieu où on a pris l'inscription ;* s'agit-il, au contraire, de radier des inscriptions prises sur des succursales d'un même fonds mais en des ressorts différents, on intentera l'action devant le *Tribunal de Commerce dans le ressort duquel se trouve le fonds principal.*

Enfin, point important à noter, il ressort des déclarations faites par M. Cordelet dans son rapport supplémentaire (1), que les greffiers pourraient être contraints à rayer les inscriptions en vertu d'actes de mainlevée qui, leur ayant été présentés avant la loi nouvelle, avaient été écartées par eux même avec l'appui d'une décision judiciaire (2).

**416.** Nous en aurions fini avec l'étude des mentions que le greffier peut être appelé à insérer en marge des inscriptions de nantissement si nous ne trouvions, dans l'article 31 in fine, un paragraphe dont nous n'avons pas encore eu l'occasion de parler.

Ce texte autorise les parties à exiger du greffier un certificat constatant que la radiation a été effectuée à la suite d'une mainlevée régulière, c'est à la fois une garantie pour le créancier et une arme contre le greffier qui, à coup sûr, ne pourrait refuser la justification qu'on lui demande.

(1) *J. O.* du 5 janv. (Annexes p. 51.)

(2) Cas de l'arrêt précité de la Cour de Nancy (1901).

### III. — *Émoluments des greffiers*

**417.** Nous avons pu constater que la loi de 1898 était muette sur cette question comme sur beaucoup d'autres. La loi du 1er avril 1909 ainsi que le décret d'administration publique du 28 août de la même année ont réglementé ce point.

L'article 3, tout d'abord, de la loi du 1er avril portait que : « jusqu'à la publication du règlement d'administration publique prévu par l'article 37 de la loi du 17 mars 1909, les greffiers des Tribunaux de Commerce seraient autorisés à percevoir les émoluments fixés par l'article 8-2°-4°-8° du décret du 18 juin 1880 (1) et par l'article premier du décret du 23 juin 1892 (2).

Le décret d'administration publique (3) a définitivement arrêté ces émoluments dans son titre III, section I, d'après laquelle (art. 18 et 19) :

Il est alloué aux greffiers :

Pour l'apposition du numéro d'entrée et d'établissement, tant de la souche que du récépissé prévus à l'article 1er ci-dessus, 50 centimes.

Pour la transcription d'un bordereau sur l'un des deux registre institués par l'article 2 et pour la

(1) D. P. 80, IV, 83.
(2) D. P. 92, IV, 83.
(3) *J. O* du 31 août 1909.

certification de l'inscription au pied du bordereau, 1 franc.

Pour toute mention, sur les mêmes registres, d'antériorité, de subrogation ou de changement du siège du fond, 50 centimes.

Pour toute mention de radiation totale ou partielle ou de renouvellement d'inscription, 1 franc.

Pour la rédaction du procès-verbal de dépôt, prévu à l'article 3 du présent décret, 50 centimes.

Pour tout certificat d'inscription des ventes, cessions ou nantissements, en ce qu'ils s'appliquent aux brevets d'invention et aux licences, aux marques de fabrique et de commerce, aux dessins et modèles industriels, prévu à l'article 24 de la loi du 7 mars 1909, 1 franc.

Pour tout état d'inscription (par inscription) ou tout certificat de radiation, 1 franc.

Pour tout certificat négatif d'inscription, 1 franc.

Pour la rédaction de la déclaration de créance en vertu de l'article 17 de la loi du 17 mars 1909 et pour la délivrance du certificat qui la constate, 1 franc.

Pour tout certificat négatif de déclaration de créance, 1 franc.

Pour la délivrance des copies des actes de vente, sous seing privé déposés, et des expéditions des actes authentiques de vente de fonds de commerce, par chaque rôle d'expédition, 60 centimes.

Art. 19. — L'accomplissement des formalités prescrites par les lois des 17 mars et 1er avril 1909 et le présent règlement ne peut donner lieu, pour les greffiers, à aucune perception autre que celles prévues à l'article 18 ci-dessus.

## CHAPITRE III

### La Loi du 1er avril 1909

**418.** Telle que nous venons de l'étudier la loi du 17 mars n'était exécutoire que 6 mois après sa promulgation (1) ; un décret d'administration publique rendu dans ce délai devant réglementer les questions passées sous silence.

On s'aperçut bien vite qu'il était urgent de mettre fin à l'anarchie de l'ancien régime et que c'était arbitrairement qu'on avait retardé de 6 mois la date de son exécution.

**419.** Dès le 19 mars (2), M. Cordelet présentait au Sénat une proposition de loi ayant pour objet de modifier l'article 37, il défendait son projet et l'expliquait en ces termes :

« En ajournant à six mois l'exécution de la loi, on laisse sous l'empire de la législation ancienne non seulement toutes les ventes, mais aussi tous les

(1) Art. 37.

(2) Sess. ord. Séance du 19 mars 1909, ann. 70.

nantissements qui surviendront dans l'intervalle. Les vendeurs, à défaut de leur privilège, continueront à exercer l'action résolutoire contre des tiers de bonne foi. Les marchandises pourront encore être comprises dans le nantissement et aucun délai ne sera imparti aux créanciers gagistes pour prendre inscription ».

Après s'être heurté à l'opposition de certains membres du Parlement qui (trouvant qu'ils avaient suffisamment légiféré sur la question des fonds de commerce) s'écriaient avec M. Riou : « Nous allons modifier une loi promulguée le 19 ! (1) », ce à quoi il pouvait répondre avec M. Théodore Girard : « Pourquoi pas si c'est utile ? » M. Cordelet eut la satisfaction de voir sa proposition adoptée par le Sénat (2).

(1) Séance du 23 mars 1909. *J. O.* du 24 mars, . 336.

(2) Même séance. Voici les motifs invoqués par M. Cordelet à ce propos :

... « La loi relative à la vente et au nantissement des Fonds de Commerce, votée définitivement par le Sénat le 2 mars, adoptée ensuite par la Chambre des députés, a été promulguée le 19 mars.....

« Aux termes de son article 37 elle ne devait être exécutoire que 6 mois après sa promulgation; un règlement d'administration publique devait, dans ce délai, déterminer certains détails d'application de la loi.

« Cependant, dans une disposition transitoire, il était permis aux vendeurs dont les contrats auraient été antérieurs à la promulgation de la loi, de se placer sous le bénéfice de cette loi, à la condition de s'inscrire dans la quinzaine de la promulgation ; mais il n'a été rien dit quant aux ventes qui interviendraient entre la promulgation de la loi et l'expiration du délai de six mois pen-

Transmise à la Chambre le 24 mars, elle fut renvoyée par celle-ci à la Commission du Commerce et

dant lequel il devait être fait le règlement d'administration publique.

« Il en résulte, Messieurs, que des difficultés graves pouvaient s'élever sur le sort des contrats intervenus dans ce délai de six mois. On aurait pu soutenir, à la rigueur, que si on permettait aux vendeurs dont les contrats étaient antérieurs à la promulgation de se placer sous le bénéfice de la loi nouvelle, les vendeurs dont les contrats étaient postérieurs à sa promulgation devaient aussi pouvoir le faire.

« Mais il y a une difficulté qui résulte du texte même de la disposition transitoire : c'est que, pour les ventes antérieures, l'inscription doit être prise dans la quinzaine de la promulgation et que cette obligation ne peut pas s'appliquer à des ventes qui interviendraient plus de quinze jours et même plusieurs mois après la promulgation. Il y a donc dans la loi une lacune qu'il faut combler. La seule question est de savoir quelle solution il convient de donner à cette difficulté.

« On pourrait sans doute autoriser les vendeurs à s'inscrire dans la quinzaine de la date de leur contrat et ce serait comme une application anticipée de la loi aux ventes survenues dans la période transitoire.

« Mais la véritable solution consiste à déclarer la loi du 17 mars 1909 exécutoire dès la promulgation de celle qui fait l'objet de la proposition et de la rendre ainsi applicable aux nantissements aussi bien qu'aux ventes de fonds de commerce, sans attendre l'expiration du délai de six mois.

« En devançant l'époque prévue pour l'exécution de la loi, on mettra fin, en ce qui concerne les ventes, à ces fraudes si fréquentes signalées au cours de la discussion, qui se produisent notamment sous la forme de dissimulation des prix et sont préjudiciables aussi bien au fisc qu'aux créanciers.

« Quant aux nantissements, il y a deux raisons principales pour leur rendre la loi applicable le plus tôt possible.

« Tout d'abord, les marchandises peuvent actuellement être comprises dans le nantissement, et c'est là un des griefs les plus sérieux contre l'ancien état de choses. En second lieu, aucun délai n'est fixé actuellement au créancier pour l'inscription de son privilège ; à tel point que l'on a vu inscrire des nantissements un an, deux ans et jusqu'à trois ans après la date de l'acte constitutif. Il en résultait qu'il était impossible de se rendre compte des charges

de l'Industrie le 25 ; un rapport fut déposé le 26 sur le bureau de la Chambre par M. Astier.

qui pouvaient peser sur un fonds de commerce et que les fournisseurs ou les prêteurs ne pouvaient avoir aucune sécurité.

« A tous ces points de vue, il y a donc un intérêt incontestable à rendre la loi tout entière applicable à partir, non pas de sa promulgation, mais de la promulgation de celle que nous proposons au Sénat d'adopter aujourd'hui.

« Si l'article 37 de la loi votée par le Sénat ne rendait celle-ci exécutoire que six mois après sa promulgation, c'était en vue de laisser à l'administration compétente le temps de préparer un règlement d'administration publique pour en déterminer les détails d'application. Mais il ne faut pas s'exagérer l'importance de ce règlement qui ne portera guère que sur des mesures d'ordre, d'importance secondaire.

« C'est ainsi qu'il pourra, à côté du registre prévu par la loi et sur lequel seront transcrits les bordereaux d'inscription y avoir des registres d'ordre, un répertoire, par exemple, un registre des dépôts sur lequel on mentionnera, au fur et à mesure, la remise des bordereaux. Cela est utile, sans doute, mais cela n'est pas indispensable pour le fonctionnement de la loi.

« Il y a une autre question que nous proposons de résoudre dans la loi nouvelle : les greffiers ont droit à des émoluments pour les formalités qu'ils auront à accomplir, mais ces émoluments ne pourraient pas être perçus par eux, en l'absence d'une disposition législative ou réglementaire. Nous demandons, dès à présent, que les greffiers soient autorisés à les percevoir, en nous référant aux tarifs établis par l'article 8, 1°, 4° et 8° du décret du 18 juin 1880.

« Le règlement d'administration publique déterminera les droits à percevoir au profit de l'Office national de la propriété industrielle institué au Conservatoire des arts et métiers. Nous ne pouvons pas les fixer même provisoirement, en l'absence du texte auquel il soit possible de se référer ; la conséquence, et elle n'est pas bien grave, c'est que l'État, pendant le temps qui s'écoulera jusqu'à la publication du règlement d'administration publique ne pourra rien percevoir.

« Il semble d'ailleurs possible d'abréger notablement le délai de six mois, en sorte que, peut-être, le règlement d'administration publique pourra paraître d'ici un mois ou deux.

« J'aurais terminé si je ne devais prier le Sénat d'ajouter, aux dispositions de l'article 3 de la proposition, une mention relative

Discutée le 29 mars, la proposition fut adoptée (1) et transmise au Sénat le 30 mars avec une légère modification au texte (2) ; M. Cordelet, au nom de la Commission qui en avait déjà été saisie, déposa alors un rapport dans lequel il concluait à l'adoption du projet voté par la Chambre : la propositon de loi

à un décret du 23 juin 1892 qu'il est nécessaire de viser en même temps que le décret du 18 juin 1880 et qui fixe les émoluments dus aux greffiers pour les copies collationnées qu'ils peuvent avoir à délivrer.

« Enfin, Messieurs, la Commission a été saisie par un de ses membres, l'honorable M. Théodore Girard, d'un amendement tendant à réparer une erreur purement matérielle qui s'est glissée dans la disposition transitoire de la loi promulguée ; on a visé le paragraphe 6 de l'article 2, alors qu'il y a lieu de viser le paragraphe 7. Nous demandons cette rectification ; par voie de conséquence, le paragraphe suivant de la disposition transitoire devra être modifié en ajoutant le paragraphe 6 aux paragraphes 4 et 5 de l'article 2, qui sont seuls visés.

« Je n'ai pas besoin d'ajouter que, sur tous ces points, nous sommes d'accord avec le Gouvernement ; les ministères intéressés au fonctionnement de la loi, c'est-à-dire les ministères de la justice, du commerce et des finances — ce dernier au point de vue de la direction générale de l'enregistrement — ont été consultés : ils ont été d'avis qu'il y avait lieu de déposer la proposition et d'en solliciter le vote d'urgence.

« C'est pourquoi, Messieurs, la Commission vous demande d'adopter la proposition de loi en la complétant par l'amendement de l'honorable M. Girard, qui tend purement et simplement à rectifier une erreur matérielle et qui deviendrait l'article 4.

(1) Après déclaration d'urgence.

(2) Voici le passage du rapport de M. Cordelet ayant trait à cette modification :

« A la demande de la Chambre des Notaires de Paris... elle (la Chambre) a prorogé, en le portant à un mois, le délai de *quinzaine* fixé par le § 1er de la disposition transitoire pour l'inscription du privilège résultant des *ventes* antérieures à la promulgation de la loi du 17 mars 1909. »

mise à l'ordre du jour de la séance du 1er avril, fut adoptée avec sa nouvelle rédaction.

**422.** D'après le texte définitif et comme on peut le prévoir à la suite de ce que nous avons dit, la loi du 17 mars, relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, est déclarée exécutoire dès la promulgation de la présente loi, sauf en ce qui concerne les mesures d'application renvoyées à un règlement d'administration publique (1).

C'est là le point essentiel.

**423.** En second lieu la loi du 1er avril décide que les créanciers gagistes dont les *contrats* seront intervenus depuis la promulgation de la loi du 17 mars, pourront se placer sous le régime de cette dernière à la charge d'inscrire leur privilège dans la quinzaine de la promulgation de la loi nouvelle (2).

**424.** Or, l'article 2, par sa rédaction, doit attirer l'attention du légiste , car on y voit figurer le mot *contrat* alors qu'au contraire la disposition transitoire de la loi du 17 mars parlait *d'inscription*, il est inutile de faire ressortir que la date du contrat et celle de l'inscription ne sont pas les mêmes et dès

(1) Ayant parlé du règlement chaque fois qu'il était nécessaire au cours de la troisième partie, nous n'y reviendrons plus.

(2) L'article 3 a été étudié déjà à propos des évolutions des greffiers et l'article 4 n'est relatif qu'à la vente.

lors il nous faut envisager les quatre situations différentes que pourront occuper les dates du contrat et de l'inscription par rapport aux deux lois sur le nantissement :

1° Il peut se faire que le *contrat* de nantissement et l'*inscription* du privilège aient lieu avant le 17 mars, dans ce cas rien de plus logique et de plus simple que d'appliquer la disposition transitoire qui termine la loi du 17 mars 1909 ;

2° et 3° Mais le *contrat* ou l'*inscription* peuvent aussi avoir été faits entre le 17 mars et le 1er avril 1909; si c'est le *contrat* on se trouve littéralement dans l'hypothèse de l'article 2 de la loi du 1er avril qui dispose que :

« Pourront se placer sous le régime de la loi du 17 mars... les créanciers gagistes dont les contrats seront intervenus entre la promulgation de ladite loi et la promulgation de la présente... *à la charge d'inscrire leur privilège dans la quinzaine de cette dernière promulgation* » ; si c'est l'*inscription*, la question est plus délicate, car le texte précité ne saurait s'appliquer et d'autre part le paragraphe 3 de la disposition transitoire qui parle de « créanciers gagistes inscrits *antérieurement* à la promulgation de la loi » ne vise en rien le cas qui nous occupe ; tout ce que l'on peut dire, c'est qu'il sera sage de régulariser la situation conformément à l'article 24 si l'inscription laisse à désirer sur

ce point, car selon nous la législation nouvelle doit s'appliquer ici plutôt que l'ancienne.

4° Enfin, le *contrat* comme le *nantissement* peuvent se placer après le 1er avril 1909, le doute alors n'est point permis; puisque la loi du 1er avril déclare celle du 17 mars exécutoire, c'est cette dernière qu'il conviendra d'appliquer rigoureusement.

**425.** La loi du 1er avril, dans son article 3, vient encore fixer provisoirement (jusqu'à la publication du règlement d'administration publique) les émoluments que les greffiers sont autorisés à percevoir; nous avons suffisamment parlé de ces dispositions qui n'ont plus grande importance aujourd'hui.

Telle est, dans son ensemble, la teneur de la loi du 1er avril qui a été complétée, comme nous l'avons montré au cours de cette étude, par le règlement d'administration publique du 28 août 1909 (1); il nous faut maintenant résumer ses avantages et critiquer ses imperfections : nous le ferons dans un dernier chapitre en comparant la loi de 1909 avec celle de 1898.

(1) *J. O.*, 31 août 1909 précité.

## CHAPITRE IV

### Les Avantages et les Imperfections de la Nouvelle législation Comparée à celle du 1er mars 1898

**426.** En présence d'une loi aussi récente que celle dont nous venons de nous occuper, il nous paraîtrait téméraire de porter un jugement définitif sur les importantes modifications, introduites par elle, dans la législation du nantissement.

Nous avons dit que la loi de 1898 était incomplète, d'autres ont prétendu qu'elle était néfaste et qu'il convenait de l'abroger.

C'est le premier parti qui, fort heureusement, a rallié la majorité des suffrages et, grâce à l'initiative autorisée et persévérante de M. le sénateur Cordelet, la loi du 19 mars 1909 est venu sanctionner *la plupart* des vœux émis par les Chambres de Commerce de France.

**427.** Cette codification n'est, bien entendu, ni parfaite ni définitive ; elle aura besoin d'être bien souvent remaniée dans la suite, et si dès maintenant

certains points faibles peuvent être indiqués, d'autres plus nombreux se révèleront inévitablement petit à petit.

Quoiqu'il en soit, l'œuvre de la loi du 19 mars 1909 est considérable, elle introduit quelques idées neuves, elle perfectionne certains rouages anciens ; elle a généralement pour but de déterminer, en les limitant, les éléments d'un fonds de commerce sur lesquels pourra désormais porter le privilège du créancier nanti.

**428.** Il est malgré tout possible (et c'est notre conviction), qu'à certains égards, notamment en ce qui concerne la publicité, le dernier mot n'ait pas encore été dit.

M. Cordelet avait tout d'abord proposé d'insérer la mention du nantissement dans un journal d'annonces légales, et ce faisant, il obéissait à une considération très défendable : l'intérêt des tiers ; il avait pour lui les vœux de plusieurs Chambres de Commerce, décidant comme celle d'Angers (1) : « que les actes de nantissement devraient, à l'avenir, être l'objet d'une publicité spéciale dans un journal d'annonces légales ». Comme celle de Bourg (2) : « Que la publicité des actes de nantissement pourrait

(1) Séance du 20 mars 1907.

(2) Compte rendu des travaux de la Chambre de Commerce de Bourg, pendant l'année 1905, p. 75.

être assurée, en dehors du registre tenu au greffe, soit par un système de répertoire permettant une consultation rapide et dont communication verbale serait donnée gratuitement à tout requérant ou par l'affichage, soit encore par une publication dans un journal publié à cet effet (1) ».

La pratique nous dira si la loi de 1909 a pris assez de précautions et si des modifications additionnelles sont nécessaires.

**429.** En interdisant de comprendre les marchandises parmi les objets sur lesquels porte le nantissement, le législateur de 1909 met fin aux principaux abus auxquels avait donné lieu la loi du 1er mars 1898 (2); tous les commerçants étaient unanimes à demander que le privilège du créancier nanti ne puisse jamais s'exercer sur les marchandises; l'article 9 de la loi donne satisfaction à ce vœu en s'appuyant sur un motif très suffisant.

Les marchandises, existant au moment du nantissement, sont en effet vendues à la clientèle par le titulaire du fonds de commerce et remplacées

(1) Un système très simple consisterait à centraliser les insertions dans un recueil périodique, MM. Montier et Faucon, *op. cit.*, p. 286, préconisent aussi cette idée mais demandent une publication hebdomadaire ; nous estimons qu'un compte rendu bi-mensuel serait suffisant.

(2) V. *Chambre de Commerce de Bordeaux*, séance du 20 mars 1907.

par d'autres marchandises achetées aux fournisseurs. Comment maintenir le privilège du créancier nanti sur ces marchandises nouvelles ?

Cela a paru inadmissible au Sénat, qui a interdit le nantissement des marchandises, tout en permettant de les warranter ou de les donner en gage, conformément au droit commun. Voici une remarque intéressante présentée à ce sujet par M. Genteur, secrétaire de la Chambre de Commerce d'Angers :

« J'approuve fort l'article 9, dit-il, mais je me demande s'il n'y a pas contradiction entre les articles 1 et 9 du projet et si la prohibition de l'article 9 sera toujours respectée en fait.

« Le vendeur du fonds a un privilège sur les marchandises vendues par lui (article 1er). Le vendeur de marchandises, lui, ne peut, de par la loi, avoir un droit de privilège puisqu'il lui est impossible de prendre les marchandises en nantissement (article 9). Il est contradictoire que le fonds de commerce, s'il est l'objet d'une vente, comprenne les marchandises et s'il est l'objet d'un nantissement ne les comprenne plus.

« Il y aurait donc deux définitions légales du fonds de commerce : la première, la plus large, applicable au cas de vente, la seconde, la plus restreinte, applicable au cas de nantissement.

« En réalité, il est nécessaire dans les deux cas d'ex-

clure du fonds de commerce les marchandises. Les marchandises ne constituent pas un élément suffisamment stable et durable pour être soumis à un privilège de vendeur qui, comme le nantissement dont nous nous occupons, équivaut à une hypothèque mobilière.

« En pratique, le créancier nanti sur tous les éléments du fonds, sauf les marchandises, s'assurera une garantie équivalente sur lesdites marchandises en se faisant céder la créance du vendeur ou en le payant avec subrogation.

**430.** « Au bout de peu d'années, la prohibition de l'article 9 risque donc fort de rester lettre morte. J'ajoute qu'en principe le privilège du vendeur doit cesser dès qu'elles ne sont plus en la possession de l'acheteur. »

Si les marchandises sont aujourd'hui formellement exclues des éléments soumis au nantissement, en revanche les droits de propriété industrielle, littéraire et artistique peuvent, dans tous les cas, faire partie des objets nantis : les dispositions de l'article 9, paragraphe premier, sont tout particulièrement claires à ce sujet et nous avons le droit de nous en féliciter.

**431.** Il n'en est pas de même en ce qui concerne l'article 13, nous pouvons déclarer de prime abord,

sans même attendre l'expérience de la pratique que certaines dispositions de ce texte sont malheureuses. Le paragraphe 3 dispose effectivement que « le déplacement du fonds de commerce, sans le consentement du vendeur ou des créanciers gagistes, peut, s'il en résulte une dépréciation du fonds, rendre leurs créances exigibles (1) ».

C'est déclarer, en d'autres termes, qu'il appartient au créancier gagiste d'arrêter arbitrairement l'essor commercial du débiteur !

Ah ! sans doute, le tribunal sera appelé à se prononcer sur le point de savoir s'il y a ou non dépréciation du fonds ; mais la question est tellement compliquée et délicate que nous ne trouvons pas dans cette intervention de la justice une garantie suffisante.

**432.** Le texte primitif (art. 8 du projet) avait un caractère plus arbitraire encore lorsqu'il disposait que « le déplacement du fonds, sans le consentement du vendeur ou du créancier gagiste, rend leurs créances exigibles ». Comme on le voit, le tribunal n'avait aucun pouvoir d'appréciation, il devait purement et simplement constater un fait, c'était inadmissible.

(1) Il convient de rappeler ici que cette disposition est inspirée de l'art. 1188 du C. civ. qui prescrit que : « Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. »

**433.** Nous ne sommes du reste pas seuls de notre avis et des voix autorisées se sont élevées pour dénoncer cette imperfection de la loi de 1909 (1) ; contentons-nous de citer ici un autre excellent passage du rapport de M. Genteur à la Chambre de Commerce d'Angers (2) qui résume bien les justes appréhensions du commerce à propos de l'article 13 :

« Il y a là, dit le secrétaire de la Chambre, un pouvoir d'appréciation bien grave laissé aux tribunaux, un véritable pouvoir de contrôle qui ne manquera pas de soulever des objections et des récriminations. Nous ne nions pas que le débiteur puisse, dans certaines circonstances, diminuer ou compromettre le gage de ses créanciers. Il pourra, par exemple, sans qu'il y ait de sa part intention frauduleuse, quitter un quartier dont les loyers sont trop chers pour prendre un immeuble d'une location inférieure.

Le contraire se présentera le plus souvent. Les tribunaux, quels qu'ils soient, auront-ils toujours la sagesse de distinguer les circonstances favorables de celles qui ne le sont pas?

Il est impossible de satisfaire tous les intérêts.

(1) Qui est en même temps une véritable innovation car, en matière d'hypothèque maritime, on ne trouve pas ce privilège. Il est vrai que les navires ne changent pas de valeur en même temps que de port !

(2) Séance du 26 mai 1908.

Dans cette situation l'intérêt problématique du crédit public exige-t-il la suppression, peut-être arbitraire, de la liberté commerciale ?

Nous disons « intérêt problématique », car nous ne voyons pas qu'il soit illicite à un prêteur de stipuler qu'en cas de déplacement du fonds de commerce, sans son consentement, la créance deviendra exigible.

Pourquoi faire ce qu'il ne fait pas lui-même et prendre des dispositions qui peuvent violer l'intention secrète des parties contractantes ?

Nous pensons que l'article 13 pourrait être supprimé avec avantage. La liberté commerciale y gagnerait et avec elle la cause du crédit ».

**434.** Qu'il nous soit permis de signaler encore deux vices de rédaction : celui de l'article 17 dont il nous a déjà été donné de parler ailleurs mais dont nous avons réservé la critique jusqu'ici (1) ; et aussi celui de l'article 23, parag. 3.

Dans son dernier paragraphe, cet article dispose qu' « il sera statué, s'il y a lieu, sur les moyens de nullité de la procédure de vente *antérieure à l'adjudication*, et *sur les dépens*, *par le président du Tribunal civil* de l'arrondissement où s'exploite le fonds... »

(1) Voir p. 280.

Or il peut sembler extraordinaire qu'on ait attribué compétence au président du Tribunal *civil* alors que le Tribunal de Commerce est compétent d'une façon générale ; il en est de même pour l'article 23 où le paragraphe 3 après avoir dit qu'à la suite de la signification de la surenchère l'acquéreur en possession sera de droit administrateur sequestre et ne pourra plus accomplir que des actes d'administration, dispose qu'il pourra demander au Tribunal de Commerce *ou au juge de référé*, suivant les cas, à tout moment de la procédure, la nomination d'un autre administrateur et que la même demande pourra également être formée par tout créancier.

Nous estimons, avec M. Bouvier-Bangillon (1) : « Que l'attention du législateur ne s'est point portée sur ce point, qu'on a oublié la répercussion qu'aurait dû avoir ici l'adoption de la compétence du Tribunal de Commerce et qu'en définitive l'alinéa dernier de l'article 17 (comme l'alinéa 3 de l'article 23) est l'épave d'un système disparu, qu'il y a là une erreur qui est la loi (malgré tout) jusqu'à un changement qu'il y a lieu de souhaiter ».

**435.** Somme toute, la loi de 1909 qui est une amélioration temporaire apportée à la législation du

(1) *Op. cit.*, p. 171.

nantissement des fonds de commerce, n'a rien d'immuable et pourra donc être modifiée plus tard suivant les besoins.

Basée sur d'excellents principes, elle introduit en droit commercial de précieuses innovations (1),

(1) La loi nouvelle :

1° Pose en principe que les fonds de commerce peuvent faire l'objet de nantissements ;

2° Contrairement à l'article 2078 du Code civil, défend au créancier gagiste de se faire attribuer le fonds en paiement ;

3° Énumère les éléments du fonds susceptibles d'être donnés en gage dans un nantissement en bloc ;

4° Exclut les marchandises ;

5° Prescrit que les seuls éléments incorporels figureront dans le nantissement s'il n'y a stipulation contraire ;

6° Ordonne que le nantissement sera constaté par acte authentique ou un acte sous seing privé enregistré ;

7° Décide que le privilège du créancier gagiste s'établit par une inscription, dans les quinze jours de l'acte, sur le registre tenu par le greffier du Tribunal de commerce du ressort de l'exploitation ;

8° Déclare que le rang des créanciers sera déterminé par la date des inscriptions.

9° Spécifie que tout créancier quelconque peut exercer des poursuites de saisie-exécution et s'attaquer au fonds; on fixera un délai au bout duquel le tribunal de commerce ordonnera la vente du fonds ;

10° Dispose que le créancier gagiste peut poursuivre la vente du fonds dans la forme prescrite par l'article 15 et l'article 17.

11° Traite de la folle enchère dans l'art. 19 ;

12° Reconnaît au créancier inscrit *le droit* de demander au tribunal la vente du fonds *tout entier* lorsqu'un autre créancier ne s'attaque qu'à tel où tel élément particulier ;

13° Pose en principe que le créancier gagiste jouit d'un droit de suite ;

14° Permet à l'acquéreur de purger le fonds des créances inscrites et organise toute une procédure de la surenchère du dixième ;

15° Règlemente l'inscription ainsi que sa durée ; détermine les conditions du renouvellement, de la radiation, des extraits, des états, des certificats.

tout en ayant le tort incontestable d'être assez compliquée.

Sa portée est immense puisque, d'après M. Beaudet (1) :

« La valeur des fonds cédés annuellement, y compris les marchandises neuves est, en chiffres ronds, de 400 millions pour environ 50.000 fonds. »

Enfin et surtout la loi de 1909, consciencieusement élaborée, laborieusement discutée est le fruit d'un travail persévérant ; elle met un terme à la situation arbitraire du fonds de commerce dont on constatait l'existence matérielle sans pouvoir le définir juridiquement.

Nous restons convaincus que la question a fait un grand pas vers la solution définitive qu'appelle la multiplicité de ses problèmes : on remaniera les textes parce qu'une loi, fut-elle parfaite, n'est pas éternelle et que les conditions dans lesquelles elle a été votée ne demeurent jamais identiques ; mais ce seront des retouches secondaires qui n'atteindront ni son principe, ni son esprit.

(1) Rapport de M. Beaudet, p. 1.

## NOTE ANNEXE

### Tableau Comparatif

*de la Loi du* 17 *mars* 1909
*et de celle du* 1er *mars* 1898

**436.** Il ne suffit pas de constater les améliorations d'une législation nouvelle, il faut encore les rapprocher des anciens principes pour mieux en saisir le sens et l'opportunité ; nous allons donc, pour finir, établir un parallèle aussi méthodique, aussi complet qu'il nous sera possible entre la loi de 1898 et celle de 1909 :

**437.** I. — *Au point de vue de l'acte de nantissement et de l'inscription.*

La loi de 1898 était muette sur l'acte de nantissement lui-même, elle ne précisait guère que l'endroit où devait se faire l'inscription, encore était-elle d'un

Aujourd'hui, l'acte de nantissement doit être constaté par un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré.

Une inscription doit

laconisme absolu sur tous ces points et laissait-elle la porte grande ouverte aux interprétations les plus diverses et les moins juridiques.

On se demandait notamment :

1° S'il fallait remettre le bail au créancier ;

2° S'il fallait signifier le nantissement au propriétaire de l'immeuble.

3° Comment était déterminé le rang des créanciers gagistes entre eux.

Enfin, nous savons que l'inscription une fois prise gardait indéfiniment son efficacité.

être prise qui, à elle seule, établit le privilège.

Cette inscription n'est valable que pour une durée de 5 ans, elle doit être renouvelée avant l'expiration de ce délai.

Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions ; les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence.

**438.** II. *Au point de vue de l'étendue du nantissement.*

On se demandait quels éléments devaient faire partie, quels autres devaient être exclus du nantissement.

Si l'on s'entendait assez généralement sur ce que les créances actuelles et futures ne

La nouvelle loi précise les éléments qui doivent être compris dans le nantissement et ceux qui doivent en être exclus.

*Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement.*

devaient pas être comprises dans le nantissement, il y avait de graves dissentiments à propos du matériel et des marchandises. Pour résumer la question, on peut dire que l'on se mettait assez facilement d'accord sur les élément incorporels, mais que l'on discutait beaucoup sur les éléments corporels.

L'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles industriels et généralement les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés.

*Sont exclus :*

Les créances actuelles ou futures, les marchés, les livres de commerce, les marchandises (1).

**439.** III. — *Au point de vue de la réalisation du gage et de la purge des créances inscrites.*

La loi de 1898 n'avait rien dit sur ce point, on suivait les principes du droit commun contenus dans l'article 2078 du Code Civil qui disposait :

« Le créancier ne

(1) La même loi a statué différemment à propos de la vente ; elle a laissé les contractants libres de comprendre dans le fonds de commerce tous les éléments qu'il leur plairait d'y faire entrer.

peut, à défaut de paiement, disposer du gage, sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à dûe concurrence, d'après une estimation faite par les experts, ou qu'il sera vendu aux enchères.

Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer, sans les formalités ci-dessus, est nulle. On observait aussi les dispositions de l'article 93 du Code de Commerce, d'après lequel : « à défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage...

« Toutefois, sur la requête des parties, le président du tribunal de commerce peut désigner, pour y procéder,

La loi de 1909 a complètement répudié le principe de l'estimation par experts pour adopter, sans réserve, celui de la vente aux enchères publiques.

En conséquence, le créancier gagiste qui n'a pas été désintéressé, doit simplement faire sommation d'abord à son débiteur, ensuite au tiers débiteur.

Puis il introduit devant le tribunal une demande de vente aux enchères.

La nouvelle loi déclare expressément dans le paragraphe 1er de l'article 22, que les privilèges du vendeur et du créancier gagiste, suivent le fonds en quelques mains qu'il passe.

Elle reconnaît donc

une autre classe d'officiers publics (que les courtiers).

« Dans ce cas l'officier public, quel qu'il soit, chargé de la vente, est soumis aux dispositions qui régissent les courtiers relativement aux formes, aux tarifs et à la responsabilité.

« Les dispositions des articles 2 à 7 inclusivement de la loi du 28 mai 1858 sur les ventes publiques, sont applicables aux ventes prévues par le paragraphe précédent.

« Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer, sans les formalités ci-dessus, est nulle ».

Mais il est à remarquer combien ces dispositions sont peu faites pour s'appliquer au cas du nantissement des fonds de commerce dans lequel il n'y a aucune dépossession effective du débiteur; dans lequel un droit de suite identique au droit de suite du privilège du vendeur et à l'abri de la faillite, sauf l'application des articles 446, 447 et 448 du Code de Commerce et met fin par là aux contestations d'autrefois.

la saisie-exécution ne peut atteindre les éléments incorporels ; dans lequel enfin on se sert, au moins pour les marchandises et le matériel, d'une procédure qui ne produit pas le prix le plus élevé auquel on devrait aboutir.

De plus, sous la législation de 1898, on se demandait toujours si, oui ou non, le créancier gagiste avait à sa disposition un droit de suite lui permettant de suivre le fonds en quelques mains qu'il passât.

*Au point de vue de la purge* la loi de 1898 était muette et l'on ne se croyait pas autorisé, sans un texte formel, à appliquer la législation hypothécaire.

Voici en quels termes s'exprimait le rapporteur au point de vue de la purge, lors de la première délibération au Sénat :

« Les créanciers inscrits sur le fonds, qui ont un droit de suite, ne peuvent être obligés d'accepter le prix d'une vente à laquelle ils n'ont point été appelés, s'il est insuffisant pour les désintéresser.

Par contre, l'acquéreur ne peut pas rester indéfiniment sous la menace d'une dépossession. *D'où la nécessité d'organiser la purge des privilèges inscrits sur le fonds* et, pour cela faire, la commission s'est inspirée des dispositions de la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime ».

Il nous semble inutile de parler encore ici des surenchères sur lesquelles nous avons eu l'occasion de nous étendre déjà précédemment : l'essentiel était de signaler l'innovation de la loi de 1909.

**440.** IV. — *Au point de vue de la rédaction des inscriptions.*

On se rappelle combien la question était débattue autrefois de savoir si, oui ou non, le greffier pouvait être contraint d'inscrire en marge des inscriptions les radiations volontaires ou judiciaires ; il y avait là une lacune

D'après la loi de 1909 :

Les inscriptions sont rayées, soit du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, soit en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée.

très importante de la loi qu'il importait de combler dans le plus bref délai possible.

A défaut de jugement la radiation totale ou partielle ne peut être opérée par le greffier que sur le dépôt d'un acte authentique de consentement à la radiation, donné par le créancier ou son cessionnaire régulièrement subrogé et justifiant de ses droits.

La radiation est opérée au moyen d'une mention faite par le greffier en marge de l'inscription.

Il en est délivré certificat aux parties qui le demandent.

**441.** V. — *Au point de vue de la responsabilité des greffiers.*

D'après les dispositions de la loi de 1898, la responsabilité du greffier était, sinon inexistante, du moins très réduite, en tous cas très controversée.

Tout ce qui ressortait du texte ajouté à l'article 2075, c'est que les greffiers devaient

Sous le régime de la nouvelle loi :

1° Les greffiers sont tenus de délivrer à tous ceux qui le requièrent, *l'état des inscriptions* existantes ou *un certificat*, constatant qu'il n'y a pas d'inscriptions ou encore que le fonds en est grevé ;

recevoir les inscriptions, en dehors de cela on ne pouvait plus rien exiger d'eux, nous l'avons suffisamment démontré plus haut.

Là encore, il y avait une grave omission à laquelle il s'agissait de remédier.

2° Ils ne peuvent refuser ni retarder cette délivrance ; ils sont responsables du défaut de mention des inscriptions sur leurs registres ou sur les états et certificats qu'ils fournissent;

3° Ils doivent radier les inscriptions de leurs registres sur la présentation d'un acte authentique de mainlevée ou en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée.

Les greffiers, nous l'avons dit, sont *civilement responsables* et non pénalement, il est superflu d'insister davantage sur cette responsabilité.

Vu par le Professeur délégué :

*Nancy, le 9 février* 1910,

G. Bourcart.

Vu : *Nancy, le 12 février* 1910,

Le Doyen,

E. Bined.

Vu et permis d'imprimer :

*Nancy, le 12 février* 1910,

Le Recteur de l'Académie,

Ch. Adam,

Correspondant de l'Institut.

# TABLE DES MATIÈRES

Pages

AVANT-PROPOS ..... 1

INTRODUDTION

**De l'Hypothèque et du gage en général**
**De l'Hypothèque mobilière en particulier**

CHAPITRE PREMIER

**De l'Hypothèque et du Gage en général**

1. Sens du mot « sûreté » ..... 5
2. Différence entre la sûreté personnelle et la sûreté réelle. 6
3. Les sûretés réelles : Le nantissement, l'hypothèque, leurs caractères ..... 7

§ 1er. — *Le gage et l'hypothèque en droit romain* ..... 11

4. Le transfert de la propriété avec pacte fiduciaire tient lieu de sûreté réelle, en permettant au débiteur de garder sa chose comme précariste, plus tard ce fut seulement la possession qui fut transférée, sanctionnée par les interdits possessoires ..... 11
5. Origine de l'hypothèque en droit romain ..... 12
6. Ses sources ..... 13
7. Elle portait sur les meubles et les immeubles ..... 13
8. Elle était occulte ..... 14
9. Elle ne comportait pas la spécialité ..... 14
10. En résumé elle était loin d'être parfaite ..... 15

§ 2. — *Le gage et l'hypothèque en Droit français*..... 15

11. Évolution de l'idée de gage et d'hypothèque dans l'ancien Droit français..... 15

12. Le gage est d'abord seul en honneur. L'hypothèque petit à petit succède au gage en même temps que se fait jour l'idée d'aliénabilité de la terre..... 16

13. A partir du xv^e^ siècle il faut un acte authentique pour constituer une hypothèque..... 18

14. Influence de la distinction des choses en biens meubles et immeubles..... 18

15. Notion de ce qu'était l'hypothèque dans notre droit coutumier..... 19

16. L'Édit de mars 1673 (Colbert)..... 19

17. L'appropriement de Bretagne..... 20

18. L'Édit de 1626 dit « des insinuations à fin d'appropriement »..... 22

19. Le nantissement des pays du Nord..... 23

20. Les étapes de l'idée de Purge..... 24

21. Le Décret de justice..... 25

22. Les Décrets forcés et les Décrets volontaires..... 25

23. Les Lettres de ratification succédant aux décrets volontaires. L'Édit de juin 1771..... 26

24. La loi du 9 messidor an III (27 juin 1795). L'hypothèque sur soi-même. Les cédules hypothécaires.... 26

25. La loi du 11 brumaire an VII (1^er^ novembre 1798)..... 27

26. Le régime hypothécaire du Code Napoléon..... 29

27. Les réformes apportées au système du Code..... 30

28. L'enquête du 7 mai 1841, par M. Martin, ministre de la justice..... 30

29. Les remaniements depuis 1855..... 31

## CHAPITRE II

### De l'Hypothèque Mobilière

30. Quels sont les biens susceptibles d'hypothèque ?.... 33

31. Ce sont les immeubles susceptibles d'expropriation forcée..... 34

32. Exclusion des meubles..... 35

33. Sens de la règle : « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque »..... 35

34. Sens de l'article 2119 du Code Civil..... 39
35–36. Dans l'article 2119 on retrouve les deux sens que la maxime « meubles n'ont pas de suite... » avait en droit coutumier, on a même été jusqu'à dire que sous le nom d'hypothèque, l'article 2119 comprenait les privilèges ..... 40
37. Il est peu probable que le législateur du Code Civil ait eu comme but d'abandonner le sens traditionnel de la règle. — Comment se fait-il que le Code ne permette pas d'hypothéquer les meubles, tandis qu'au contraire il existe des privilèges mobiliers... 42
38. D'après les principes du Code Civil, le droit de préférence n'est pas lié d'une façon indissoluble au droit de suite..... 43
39. Rien dans la nature des meubles ne s'oppose à ce qu'ils puissent être susceptibles d'hypothèque, elle était admise en droit romain, les mêmes motifs qui légitiment l'article 2279 légitiment aussi l'article 2119..... 44
40. Le Droit français antérieur au xvᵉ siècle ne connaissait pas l'action en revendication du meuble..... 44
41. Vers la fin du xvᵉ siècle le propriétaire obtient la revendication contre le tiers qui n'a pas usucapé.... 45
42. Puis on refuse l'action en revendication intentée contre le tiers possesseur de bonne foi..... 46
43. Le même principe est constaté par Pothier dans la coutume d'Orléans..... 46
44–45. Le règle « en fait de meubles... » est une conséquence du principe de la libre circulation des biens. 47
46. Mais aussi de la règle « *res mobilis*... ». Raisons pour lesquelles l'hypothèque mobilière a été écartée de notre Code Civil. Influence de l'idée de « publicité ». 48

## PREMIÈRE PARTIE

### Du nantissement des Fonds de Commerce en général

### CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

#### L'Hypothèque mobilière de nos jours

47. L'article 2119 du Code Civil, malgré les apparences, garde son sens traditionnel ..... 55

48-49. L'hypothèque mobilière moderne doit être considérée comme une exception à la prohibition traditionnelle d'hypothéquer les meubles..... 57

50. Dans les diverses hypothèses envisagées par les lois qui s'échelonnent de 1874 à 1906 on a voulu permettre au débiteur d'emprunter sur un bien qui continue à lui appartenir et dont il pourra user comme par le passé..... 59

51-52. Pourquoi la loi se sert-elle du mot « nantissement », au lieu d'employer celui d' « hypothèque mobilière »..... 60

53. Notre but est d'arriver à l'étude de la loi de 1909 par la méthode historique..... 61

## CHAPITRE PREMIER

### Ce qu'est un Fonds de Commerce

#### § 1er

54. Avant d'adopter une définition, il faut savoir de quoi se compose le fonds de commerce..... 63

55. Le stock de marchandises..... 63

56. Le droit au bail..... 65

57. Le nom commercial..... 65

58. L'enseigne..... 66

59. La clientèle..... 67

60. Le mobilier, les brevets d'invention, les modèles et marques de fabrique, les médailles, etc..... 71

61. Rien n'est changeant comme un fonds de commerce..... 72

#### § 2

62. Entre les éléments qui comprend le fonds de commerce il y a untié de destination..... 73

63. La seule nature juridique qui puisse convenir au fonds, c'est l'universalité du fait. Pourquoi il n'est pas une universalité de droit..... 74

64. Il ne constitue pas une personne morale..... 77

65. La personnalité morale en droit allemand..... 77

66. Quand le fonds doit-il être corporel ou incorporel.. 79

67. Le fonds de commerce est-il dans tous les cas un meuble incorporel..... 80

68. Les décisoins judiciaires qui reconnaissent au fonds le caractère mobilier incorporel..... 83
69. Certaines décisions ne sont pas aussi énergiques... 85
70. Le fonds d'après la jurisprudence antérieure à 1898 ne doit être mis ni au rang des choses qui se consomment par le premier usage, ni parmi les choses fongibles..... 85
71. Il existe perpétuellement..... 86
72. Résumé de la question..... 86
73. Les discussions sur l'universalité ne sont pas encore éteintes..... 88
74. Un pas important a été fait récemment par le législateur, au point de vue de la définition du fonds ..... 88

§ 3

75. L'établissement commercial est-il une personne morale ..... 89
76. L'idée de cette personnalité morale est d'origine allemande et italienne..... 90
77. Jamais la loi française n'a consacré cette théorie.. 90
78. Les distinctions de M. Jules Valéry entre la maison de commerce » et le « fonds de commerce »..... 91
79. Le fonds de commerce est-il une universalité de droit, sens de la loi de 1898 sur ce point..... 92
80. Dans l'esprit de nos adversaires les créances et les dettes ne sont pas comprises dans la notion de fonds de commerce..... 93
81. Certains pourtant le veulent ainsi..... 94
82. La jurisprudence a souvent considéré le fonds de commerce comme une universalité de droit.—.. 94
83–88. On a voulu s'appuyer pour le dire sur le Droit romain, sur certaines législations étrangères, sur l'ancien droit français. Valeur de ces arguments. 94
89. Le fonds de commerce forme-t-il un patrimoine distinct du patrimoine général ?..... 99
90. Théorie du « patrimoine d'affectation » de M. Sabilles. ..... 99
91. Application de la théorie du « Zweckvermœgen » aux fonds de commerce, par Bekker..... 100

## CHAPITRE II

**Ce qu'est le Nantissement d'un Fonds de Commerce; est-il possible en doctrine, est-il utile en pratique?**

### § 1er

92–95. De l'utilité qu'il peut y avoir à nantir un fonds de commerce. Le commerçant doit pouvoir utiliser tous ses biens à fortifier son crédit. — L'influence de l'abolition de la contrainte par corps. — Les lois du 28 mai 1858 et du 23 mai 1863. Les premiers nantissements eurent lieu sous l'impulsion de la nécessité..... 103

96. Ce qu'est le nantissement d'une façon générale. Le dessaisissement est sa caractéristique..... 106

97. Le gage ne peut porter que sur des meubles corporels ou incorporels ; les formalités nécessaires suivant les cas : en Droit civil, en Droit commercial..... 106

98–100. Peut-on appliquer ces règles au fonds de commerce. Application dans les divers systèmes proposés.. 108

101. D'où vient qu'on a pu dire que le nantissement des fonds de commerce était une *hypothèque mobilière* ..... 110

102. Le législateur du Code Civil est muet sur les fonds de commerce ..... 111

103. La première loi qui fait allusion à cette matière est celle du 28 février 1872..... 112

### § 2

104–107. Juridiquement le nantissement du fonds de commerce est-il licite au point de vue théorique ? Oui, car c'est une valeur comme une autre..... 113

Doit-il être maintenu ou la loi de 1898 doit-elle, au contraire, être rapportée ? — Non, mais il importe de la perfectionner..... 114

108. Au point de vue du droit pur la mise en gage de l'ensemble d'une exploitation est absolument licite ..... 115

109–112. Évolution suivie par l'idée de nantissement de fonds de commerce durant ces dernières années. Vue d'ensemble ..... 117

# DEUXIÈME PARTIE

## Le Nantissement des Fonds de Commerce avant la loi du 1er mars 1898

## La Loi du 1er mars 1898, son insuffisance, ses imperfections

### CHAPITRE PREMIER

### Le Nantissement des Fonds de Commerce avant la loi du 1er mars 1898

113–115. Diverses phases parcourues par la définition du fonds de commerce ..... 123

116–117. Avant la loi de 1898 il fallait, pour nantir un fonds, observer les prescriptions du Code Civil. Difficultés d'application. Deux systèmes sont en présence, l'un qui voit dans le fonds de commerce un ensemble de biens mobiliers individuellement susceptibles d'être donnés en gage, l'autre qui considère le fonds de commerce comme un tout indivisible tantôt corporel, tantôt incorporel.... 129

118–123. Exposé de l'affaire du « Splendide Hôtel », le jugement du Tribunal de Commerce de Grenoble. L'arrêt de la Cour de Grenoble. L'arrêt de la Cour de Cassation du 13 mars 1888. Ses motifs. Rien ne peut légitimer la « tradition symbolique » si funeste aux créanciers..... 133

124–125. Le système de la Cour de Cassation et des Cours d'Appel et celui des Tribunaux de Commerce. Idée générale ..... 143

§ 1er. — *Les Cours d'Appel et les Tribunaux Civils*..... 146

§ 2. — *Les Tribunaux de Commerce*..... 150

131–135. Nature du conflit, sa gravité. L'arrêt du 13 mars cause un moment d'hésitation. Le Tribunal de Commerce de la Seine admet la thèse de la Cour suprême et la reproduit en substance. Ce n'est qu'une erreur passagère qui ne se renouvellera plus ..... 150

136. Le jugement du même tribunal en date du 9 janvier 1892. Celui de Saint-Étienne du 10 janvier 1894 ..... 155

137. Ironie de la situation ..... 158

138. Les tribunaux consulaires prennent un moyen héroïque pour protester : ils déclarent que le nantissement des fonds de commerce est nul dans tous les cas comme constituant une condition impossible ..... 159

§ 3. — *La question de la publicité*..... 164

139. Les deux systèmes que nous venons de voir différaient sur la question du dessaisissement réel ou fictif. Il faut maintenant nous occuper de la publicité à donner au nantissement. — Ses avantages et ses inconvénients..... 164

140–144. Les diverses théories. Les solutions de M. Poulain de Corbiou. Le système de M. Pignolet. Celui de MM. Magnier et Provost. Celui de M. Millerand. Le projet Millerand ..... 165

## CHAPITRE II

### La Loi du 1er mars 1898

145–146. La disproportion entre les travaux préparatoires et la loi. La loi et l'esprit de la loi. Elle est trop concise ..... ..... 172

147–150. La jurisprudence au lendemain de la nouvelle législation. Sa signification. Les deux opinions touchant les articles 2075 (ancien) et 2076. Les systèmes de la Cour de Rennes et du Tribunal de la Seine ..... 174

§ 1er. — *La nature juridique du nantissement des fonds de commerce d'après cette loi*..... 180

151. La prise en considération du projet Duvignier. Le vote du projet Millerand ..... 180

152. M. Thézard au Sénat signale deux défauts de rédaction ..... 180

153–160. La portée de la loi nouvelle, son utilité, les lacunes de l'ancienne législation qu'elle vient de combler. L'universalité de droit. Les paroles de M. Thézard. La place du nouveau texte. Le dessaisissement. Le nantissement des fonds de commerce est une forme nouvelle de l'hypothèque mobilière..... 183

§ 2. — *Comment s'effectuait la constitution du nantissement d'un fonds de commerce sous le régime de cette loi.*. 187

161–162. Le nantissement sous dessaisissement est admis. Du rôle de l'inscription ..... 187

A. *L'inscription au greffe*

163–167. 1° Ce qu'elle doit contenir..... 189
168–170. 2° Où elle se fait..... 192
171–173. 3° Dans quel délai..... 194
174–175. 4° Quelle est sa durée..... 198
176–178. 5° Sa publicité..... 199
179–180. 6° Sa portée..... 201
181–192. 7° Sa radiation et sa réduction..... 203
193–198. 8° Responsabilité des greffiers..... 208

B. *Étendue du privilège*

199. Le créancier qui a obtenu un nantissement régulièrement constitué et inscrit sur le fonds de commerce de son débiteur, jouit d'un véritable privilège sur les biens qui composent le fonds nanti.. 210
200. L'article 2073 et l'article 2095..... 211
201–202. Le fonds de commerce n'étant pas une universalité juridique de par la loi de 1898, quels sont ceux de ses éléments qui doivent régulièrement faire partie du nantissement. Si l'on s'entendait pour les éléments incorporels il n'en était plus de même pour les accessoires..... 211
203–207. L'attitude des tribunaux dans cette matière..... 212
208. L'attitude des juristes..... 215
209. Notre opinion ..... 218
210. Les créances et les dettes étaient-elles comprises dans le nantissement sous l'empire de la loi de 1898. La doctrine. La jurisprudence..... 221

C. *Effets du nantissement*

210–211. Rien dans le texte. Il faut étudier ces effets quant aux droits du créancier, quant aux droits et aux obligations du débiteur..... 221

I. — *Effets du nantissement quant aux droits du créancier*

212-213. La situation du créancier nanti. Nécessité de la radiation ..... 222
214-215. Parallèle entre le cas où il s'agit d'un gage ordinaire et celui où il est question d'un nantissement de fonds de commerce ..... 223
216-220. 1° Droit de suite ..... 224
221-242. 2° Droit de faire vendre ..... 228
224. *a*) Le débiteur est resté à la tête de son fonds de commerce ..... 230
1° Vente en bloc réalisée par le créancier nanti. 231
227-228. *a*) Vente aux enchères ..... 231
*b*) Attribution au créancier jusqu'à concurrence de ce qu'on lui doit ..... 233
229. 2° Vente poursuive par les autres créanciers.. 234
232. 3° Vente après faillite ..... 235
235-242. *b*) Le fonds de commerce est entre les mains d'un tiers ..... 237
243-246. 3° Droit de préférence. Moment où il s'exerce. Ses effets. Les divers cas qui pourront se produire en cas de concours du créancier ..... 241
247-248. I. — Des créanciers jouissant d'un privilège général ..... 243
249. II. — Des créanciers jouissant de privilèges spéciaux ..... 243
250. Le bailleur de l'immeuble ..... 244
251. Le vendeur de meubles ..... 244
252. III. — Un autre créancier ou le vendeur du fonds.. 246
253-255. Appendice. — *L'exercice et l'étendue du privilège en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du débiteur* ..... 247

II. — *Effets du nantissement, quant aux droits et obligations du débiteur*

256. 1° Droits du débiteur ..... 250
257. *a*) Droits d'usage, de jouissance et d'administration ..... 251
258. *b*) Droit de vendre le fonds ..... 252
260. 2° Obligations du débiteur ..... 253
Conservation et administration ..... 253

D. *Extinction du nantissement*

261–262. Le nantissement doit disparaître avec la dette. Mais celle-ci doit être entièrement éteinte. Cela peut se produire de diverses manières, par : 254
263–265. I. *Renonciation du créancier nanti*..... 255
266. II. *Prescription* ..... 257
267. III. *Défaut d'inscription en temps utile*..... 258
268. IV. *Perte du fonds*..... 258
269. V. *Confusion* ..... 259

E. *Transmission du nantissement*

270–274. Elle peut être utile au créancier nanti; elle peut avoir lieu soit avec la créance garantie, soit sans la créance. Étude de ces deux cas..... 260
275. I. *Cession de la créance et du nantissement* ..... 263
276–280. II. *Cession du nantissement détaché de la créance*... 263

## CHAPITRE III

### Imperfections de la Loi de 1898

281–283. La législation de 1898 est défectueuse, elle est nuisible aux intérêts du débiteur. Tout le monde s'entend lorsqu'il s'agit de la critiquer..... 266
284–287. I. La publicité défectueuse..... 267
288–292. II. La fraude facilitée..... 269
293–294. III. Le danger en cas de faillite..... 273
295. IV. Une procédure longue et coûteuse et des procès incessants..... 274
297–302. V. Les marchandises ne doivent pas figurer parmi les biens donnés en gage..... 275
303–304. Appendice. — *Après l'expérience de onze années, qui a suivi la loi du* 1er *mars* 1898, *devait-on modifier cette loi ou purement et simplement l'abroger ?*..... 281

## CHAPITRE IV

### Les Projets modificatifs de la loi de 1898

305–307. Le projet Lebret..... 284
308. Le projet Authier..... 288
309. Le projet de Boury..... 290
309. Le projet Cordelet ..... 290

# TROISIÈME PARTIE

## Le Nantissement des Fonds de Commerce d'après les lois des 17 mars et 1er avril 1909

### CHAPITRE PREMIER

**La proposition de loi de M. Cordelet et la discussion des articles**

310. C'est la première proposition depuis le double échec de M. Authier en 1902. — Différences essentielles entre le projet Cordelet et ceux de M. Authier..... 293

§ 1er. — *Le Projet en lui-même*..... 295

311. M. Cordelet montre au Parlement l'insuffisance de la législation sur ce point. — L'exposé des motifs et le projet ; sa division, ce qu'il contient. En quoi le projet se rapproche beaucoup des principes qui réglementent les hypothèques en droit civil. — Parallèle entre la législation du Code civil et celle inaugurée par la nouvelle loi ..... 295

§ 2. — *Rapport sommaire par M. le sénateur Guillier*..... 312

312. La situation faite aux commerçants..... 312

313 – 317. Les points que vient élucider le projet Cordelet.. 313

318. M. Guillier conclue à la prise en conisdération du projet..... 314

### CHAPITRE DEUXIÈME

**Possibilité de donner en gage un Fonds de Commerce sous l'empire de la nouvelle loi**
**Étendue du Nantissement**

§ 1er. — *Possibilité de donner en gage un Fonds de commerce sous l'empire de la nouvelle loi*..... 315

319–320. Dispositions de l'art. 8. — Le fonds doit être *Commercial*. Quid ? s'il s'agit d'un fonds futur. 315

§ 2. — *Étendue du nantissement*..... 317

321. Éléments qui peuvent être donnés en nantissement, éléments qui doivent être exclus. Ce que dit l'art. 9 ..... 317

A). — Exclusion des marchandises..... 320

322–323. Que faut-il entendre par marchandises?. — La différence entre les marchandises et le matériel. 320

324. Importance de l'exclusion des marchandises..... 321

325. Les deux théories en présence et la solution adoptée par la loi de 1909..... 322

326. Pourquoi les marchandises ne sont pas également exclues du privilège du vendeur..... 323

B) Exclusion des Créances..... 325

327. La loi de 1909 n'a pas eu besoin de viser particulièrement les créances que la doctrine et la jurisprudence excluaient déjà du fonds de commerce — Un contrat de gage spécial est toujours possible ..... 325

C) Exclusion des livres de commerce et de la correspondance ..... 326

328. Les dispositions de l'artlcle 11..... 326

D) Exclusion des marchés à livrer et autres traités. 326

329. Conséquences de l'exclusion des créances et des traités créateurs d'obligations personnelles.... 326

E) Exclusion des loyers payés d'avance..... 327

330. Elle résulte de l'énumération limitative de l'art. 9 et du silence des travaux préparatoires..... 327

F) Exclusion de l'immeuble où s'exploite le fonds ..... 327

§ 3. — *Conditions de forme du nantissement*..... 328

331. Ce que prescrit l'art. 10..... 328

A) Un acte authentique ou sous seing privé..... 329

332. Ce que l'acte doit contenir..... 329

B) Une inscription..... 334

333. Raison d'être et but de l'inscription. — Une insertion dans les journaux n'est pas nécessaire, elle pourrait même être nuisible..... 334

334. L'affichage, d'après la proposition de loi de M. Authier ; ses inconvénients..... 335

335. La remise au créancier du titre d'acquisition du fonds et de l'acte de bail, ainsi que la signification au bâilleur du contrat de nantissement. — Objections faites au système de la remise des titres ..... 335

336. Dans quel délai elle doit être prise..... 337

I. — Formalités de l'inscription..... 337

337–339. En quoi elles consistent. — Inscription du nantissement d'un fonds ayant des succursales. — Inscription du nantissement d'une succursale sans le fonds..... 337

II. — Événements de nature à arrêter le cours des inscriptions avant l'expiration du délai de quinzaine ..... 339

340. Aucun doute pour la vente du fonds, la faillite ou la liquidation judiciaire du propriétaire du fonds. — Controverse au sujet du décès du débiteur..... 339

III. — Formalités relatives aux marques, brevets, etc., compris dans le nantissement ..... 341

341. Nécessité de l'inscription à l'Office national de la propriété industrielle..... 341

342. Mentions que doivent contenir les certificats délivrés par le greffier..... 342

APPENDICE. — *Dispositions transitoires*..... 344

342–343. *a*) Fonds donnés en gage entre le 15 mars et le 1er avril 1909..... 344

344. *b*) Fonds donnés en gage avant le 17 mars 1909.. 345

345. *c*) Fonds donnés en gage après le 1er avril 1909.. 346

IV. — Durée de validité de l'inscription et renouvellement..... 347

*a*) Durée de validité de l'inscription..... 347

346. Comparaison de la loi nouvelle avec les dispositions de l'article 11 de la loi du 10 juillet 1885, avec celles de l'art. 2145 du Code civil. Avantages de cette réforme. — La péremption..... 347

*b*) Renouvellement de l'inscription ..... 348

347. Jusqu'à quel moment il est indispensable de renouveler l'inscription. — Influence du non renouvellement sur le privilège..... 348

348. Cas prévu par l'art. 13 de la loi de 1909 : le déplacement du fonds..... 349

APPENDICE. — *Dispositions transitoires*..... 351

349–350. *a*) Inscriptions prises entre le 17 mars et le 1er avril 1909..... 352

352. *b*) Inscriptions prises avant le 17 mars..... 352

352. *c*) Inscriptions prises après le 1er avril..... 352

V. — Radiation et réduction de l'inscription..... 352

*a*) Radiation ..... 352

353–356. Les deux manières dont on peut annuler les inscriptions du greffe : la radiation volontaire, la radiation forcée. — Capacité requise. — Conditions à remplir. — Tribunal compétent..... 352

*b*) Réduction ..... 355

357. Silence de la loi de 1909..... 355

§ 4. — *Le privilège du créancier gagiste*..... 356

358. Remarques générales. — Il convient d'étudier séparément le droit de préférence et le droit de suite ..... 356

I. — Le droit de suite..... 357

359–360. Les dispositions de l'art. 22, § 1er. — L'utilité de cet article. — Objet du droit de suite. — La question des marchandises..... 357

361. La procédure à suivre. — Les textes de la loi de 1909 constituent une véritable innovation. — Le tiers détenteur peut-il, comme une véritable hypothécaire, payer, délaisser, purger?..... 359

362. A) Le tiers détenteur peut payer..... 361

363. B) Le tiers détenteur ne peut délaisser..... 361

364. C) Le tiers détenteur peut purger..... 361

*a*) Généralités sur la purge..... 361

365. Cela ressort, avec évidence, de l'art. 22..... 364

*b*) Procédure ..... 364

366–367. Les notifications ; les délais, de deux choses l'une ou bien : 1° les créanciers acceptent les offres du tiers détenteur ; 2° les créanciers veulent surenchérir ..... 366

368. La réquisition de mise aux enchères publiques, l'assignation. — Le rôle du Tribunal de Commerce. — Les conséquences de la réquisition pour le surenchérisseur. — Les difficultés que fera naître le silence de la loi sur la désignation de l'officier ministériel chargé de vendre le fonds. 366

369–370. C'est l'acquéreur qui couvre la surenchère du 1/10. — L'adjudicataire est surenchérisseur ; les prescriptions de l'art. 23. — Revente du fonds dans l'hypothèse où le surenchérisseur ne remplit pas les conditions du cahier des charges... 371

371–372. Appendice. — Les surenchères du 1–10 et du 1/6. — Formalités de la surenchère du 1/6.... 373

D) Purge de l'action résolutoire..... 379

373. Dispositions de la loi nouvelle se référant à l'art. 1654 du Code civil. — Dispositions de l'art. 2 de la loi de 1909..... 379

374. Comment peut s'opérer la purge de l'action résolutoire du fonds de commerce et dans quels cas. 382

E) Conflits de privilèges..... 384

375. Idée générale..... 384

376–381. Concours de créanciers nantis. — Concours du créancier nanti et du vendeur de matériel non payé. — Concours du créancier nanti et du bâilleur d'immeubles. — Concours du créancier nanti avec les privilèges généraux de l'art. 2101. — Concours du créancier nanti du chef de l'acheteur avec le vendeur du fonds. — Concours du privilège du créancier nanti avec le trésor ..... 385

II. — Le droit de préférence..... 393

382. Le droit de préférence porte sur le prix de vente tout entier..... 393

383. La loi de 1909 tranche la question de priorité des inscriptions ..... 394

§ V. — *La réalisation du fonds de commerce*..... 395

I. La vente en bloc et la vente d'un ou de plusieurs éléments isolés..... 395

A) La vente en bloc..... 395

384. Le cas se présentera lorsque le fonds est encore en la possession du débiteur. — Prohibition de l'attribution du fonds en paiemnet ; grave dérogation à l'art. 2078 du Code civil..... 395

385. Pour aboutir à la vente publique il faudra tout d'abord sommer le débiteur de payer en lui laissant un délai de huitaine pour s'exécuter . — Intervention du Tribunal de Commerce s'il y a lieu ; délais..... 397

B) Vente d'un ou de plusieurs éléments..... 397

386–387. Diverses hypothèses où cette vente est possible. — Dispositions des articles 15 et 20 de la loi de 1909. — Défaut de sanction..... 397

II. Questions de compétence..... 400

388. Le Tribunal de Commerce dans le ressort duquel se trouve le fonds est toujours et seul compétent pour ordonner la vente publique. — C'est le principe que pose l'art. 15. — Cette compétence a motivé de longs débats, il convient de résumer les arguments proposés pour et contre le système admis ..... 400

389–390. Rappel des dispositions des art. 442, 806 et 807 du C. de proc. civ. — Ce que disait M. Cordelet au nom de la troisième Commission d'initiative parlementaire ..... 401

391–395. Intervention de M. Vallé lors de la première délibération. — Réplique de M. Legrand. — Renvoi du projet à la Comimssion. — Deuxième délibération : M. Legrand contre M. Vallé. — Adoption de l'amendement Vallé. — Résumé de la question ..... 404

III. — Distribution du prix résultant de la vente d'un fonds de commerce..... 414

396. Si tous les créanciers sont d'accord et consentent à une distribution par voie amiable rien

n'est plus simple que de répartir le prix entre eux ; dans le cas contraire la chose est plus compliquée ..... 414

397–399. A part deux courtes dispositions de l'art. 6 et de l'art. 15 les lois du 17 mars et du 1er avril 1909 sont muettes sur ce point. — La procédure en droit commun. — La procédure qu'il convient de suvire..... 415

400. Le tribunal compétent. — L'ordre à suivre dans la distribution amiable ou judiciaire..... 416

§ VI. — *Étude spéciale de certains effets du nantissement au point de vue du propriétaire de l'immeuble et de quelques créanciers chirographaires*..... 417

401. Après avoir étudié les effets *généraux* du nantissement entre les parties contractantes et vis-à-vis des tiers il convient d'étudier les effets *particuliers* du nantissement en ce qu'il limite les droits du propriétaire de l'immeuble où s'exploite le fonds, en ce qu'il confère certains pouvoirs aux créanciers chirographaires spécialement protégés. 417

I. A l'égard du propriétaire de l'immeuble..... 418

402. Les prescriptions de l'art. 14. — Elles sont exorbitantes du droit commun. — Les objections soulevées au Sénat par M. de Las-Cases. — Il doit se rendre aux raisons exposées par M. Cordelet. 418

403. En cas d'inobservation des dispositions de l'art. 14, l'art. 1382 trouverait son application. 422

II. A l'égard des créanciers chirographaires.... 422

404. Étude du cas prévu par le § 4 de l'article 13..... 422

§ VII. — *Responsabilité et fonctions nouvelles des greffiers des tribunaux de commerce*..... 425

405–406. Le rôle des greffiers d'après la jurisprudence et la doctrine sous le régime de la loi de 1898. — Le rôle de la loi de 1909..... 425

I. Responsabilité des greffiers..... 426

407. Dispositions de l'art. 33 de la loi de 1909. — Cet article prévoit : 1° L'omission des inscriptions sur les registres et l'absence des mentions en marge des états ou certificats ; 2° Le refus de

faire des inscriptions, de délivrer des états ou certificats ; ou même le simple retard apporté dans ces inscriptions ou délivrances..... 426

408–409. Les dispositions du décret d'administration publique en matière d'inscriptions..... 427

II. Devoirs des greffiers ..... 428

A) Devoirs relatifs à l'inscription, aux mentions en marge et à la radiation..... 428

*a*) Inscriptions ..... 428

410. Les pièces à présenter au greffier, les formalités à remplir..... 428

411. Les registres du greffe..... 430

412. Les dispositions de l'article 6 du décret..... 431

413. La publicité du nantissement veut que les tiers puissent se renseigner au greffe. — Moyens mis à leur portée par la loi nouvelle..... 433

*b*) Mentions en marge et radiation..... 434

414. L'art. 26 de la loi de 1909. — Les antériorités et les subrogations..... 434

415. La radiation des inscriptions. — L'article 29.... 434

416. Le certificat prévu par l'art. 31 *in fine*..... 437

III. Émoluments des greffiers..... 438

417. La loi de 1898 était muette sur ce point qui a été réglementé par la loi du 1er avril 1909 ainsi que par le décret du 28 août..... 438

## CHAPITRE III

### La Loi du 1er avril 1909

418–419. Le délai de six mois qui séparait la promulgation de la loi du 17 mars de son exécution est jugé trop long. — Dès le 19 mars, M. Cordelet présente au Sénat une proposition de loi ayant pour objet la modification de l'art. 37..... 441

420. Transmission à la Chambre, renvoi à la Commission du commerce et de l'industrie, rapport de M. Astier..... 443

421. Discussion et adoption par la Chambre. — Transmission au Sénat. — Rapport de M. Cordelet. — Adoption ..... 445
422–425. L'œuvre de la loi du 1er avril..... 446

## CHAPITRE IV

### Les Avantages et les imperfections de la nouvelle Législation Comparée à celle du 1er mars 1898

426–427. Il est impossible de porter un jugement définitif sur une loi aussi récente ; mais des points faibles peuvent être néanmoins déjà indiqués.. 449
428. La publicité telle qu'elle est organisée par la nouvelle loi est-elle suffisante..... 450
429. L'exclusion des marchandises. — La prohibition de l'art. 9 pourrait fort bien disparaître à la longue ..... 451
430. Les droits de propriété industrielle, littéraire et artistique ..... 453
431–433. La rédaction de l'article 13 est défectueuse ; le créancier gagiste pourra arbitrairement arrêter l'essor commercial du débiteur, mais le texte primitif avait un caractère plus arbitraire encore..— L'avis de M. Genteur dans son rapport à la Chambre de Commerce d'Angers.... 453
434. Vices de rédaction de l'article 17 et de l'article 23, § 3 ..... 456
435. Somme toute la loi sur le nantissement des fonds de commerce introduit en droit commercial de précieuses innovations, mais elle est trop compliquée. — Les innovations de la loi..... 457

## NOTE ANNEXE

*Tableau comparatif de la loi du 17 mars 1909 et de celle du 1er mars 1898*..... 460
436. Il ne suffit pas de constater les améliorations d'une législation nouvelle, il faut encore les rapprocher des anciens principes pour mieux en saisir l'opportunité..... 460

437. Comparaison des deux lois *au point de vue de l'acte de nantissement et de l'inscription*..... 460
438. Comparaison des deux lois *au point de vue de l'étendue du nantissement*..... 461
439. Comparaison des deux lois *au point de vue de la réalisation du gage et de la purge des créances inscrites*..... 362
440. Comparaison des deux lois *au point de vue de la rédaction des inscriptions*..... 466
441. Comparaison des deux lois *au point de vue de la responsabilité des greffiers*..... 467

Nantes. — Imprimerie de la Loire